

La marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel

Théorie générale et application en droit des personnes
étrangères

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Aurélie MARIOTTI

Soutenue le 1^{er} juillet 2022

Jury :

Prof. Minh Son NGUYEN
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. Valérie DÉFAGO
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Rapporteur interne

Prof. Peter UEBERSAX
Faculté de droit de l'Université de Bâle
Rapporteur externe

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**LA MARGE DE MANŒUVRE DES AUTORITÉS DANS LE
PROCESSUS DÉCISIONNEL**
Théorie générale et application en droit des personnes étrangères

Aurélie MARIOTTI

UNIVERSITE DE NEUCHATEL
FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. André Kuhn (président)
- M. Minh Son Nguyen (directeur de thèse)
- Mme Valérie Défago (rapporteur interne)
- M. Peter Uebersax (Professeur à l'Université de Bâle, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 1^{er} juillet 2022



Olivier Hari

Doyen de la Faculté de droit

Résumé

Ce travail traite de la marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel : du pouvoir d'appréciation de l'autorité de première instance au pouvoir d'examen des différentes autorités de contrôle. Il aborde en particulier la manière dont ces dernières revoient les questions d'appréciation. Dans cet examen, deux tendances apparaissent. Il s'agit, d'une part, des cas où l'autorité de contrôle s'impose une certaine retenue et, d'autre part, des cas où l'autorité de contrôle fait usage de son pouvoir d'examen de manière créatrice. Après avoir examiné ces questions de manière générale en droit public, ce travail les approfondit dans le domaine particulier du droit des personnes étrangères.

Mots-clés

Procédure administrative ; droit des personnes étrangères ; marge de manœuvre ; pouvoir d'appréciation ; pouvoir d'examen ; motifs de recours ; opportunité ; notions juridiques indéterminées ; liberté d'appréciation ; latitude de jugement ; interprétation créatrice ; retenue.

Summary

This dissertation proposes an analysis of the authorities' margin of appreciation in the decision-making process: from the margin of appreciation of the first instance authority to the judicial review power of the various authorities of appeal. In particular, it discusses the way in which the authorities of appeal review the appreciation of the first authorities. In this review, two trends emerge. On the one hand, there are cases where the authorities of appeal impose restraint on themselves and, on the other hand, cases where the authorities of appeal use their judicial review power in a creative way. After examining these issues in general terms in public law, this dissertation will examine them in depth in the specific field of migration law.

Keywords

Administrative procedure; migration law; margin of appreciation; grounds of appeal; discretionary powers; restraint.

A mon pépé

*« La loi n'est rien sans le juge qui la
fait respecter, le juge ne peut rien
sans la loi qui justifie son contrôle ;
et sa compétence cesse où cessent
les dispositions de droit strict. »*

Pierre Cornioley

Avant-propos

J'aimerais d'abord remercier le Prof. Minh Son Nguyen, mon directeur de thèse, qui a si bien éveillé mon intérêt pour le droit des personnes étrangères que j'ai fini par écrire une thèse consacrée à ce sujet. Malgré son emploi du temps chargé, il a pris le temps de faire une lecture attentive et détaillée de ma thèse. Ses encouragements, ses remarques quant au fond et à la forme de mon travail, le partage de son expérience pratique ont grandement contribué au façonnement de celui-ci.

Ma reconnaissance va ensuite aux Prof. Valérie Défago et Peter Uebersax pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de siéger dans mon jury de thèse en tant que rapporteurs. Leur relecture attentive, leurs remarques constructives et les propos échangés à l'occasion de ma soutenance de thèse ont contribué à enrichir et à améliorer le présent travail.

J'aimerais aussi remercier mes collègues de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel qui ont contribué, par leur présence et leur soutien, à l'aboutissement de ce travail. Ils ont été là non seulement dans les moments les plus studieux et intenses, mais aussi lorsqu'il s'agissait de relâcher la pression. J'aimerais également remercier chaleureusement mes collègues du domaine de la migration et, en particulier, Camilla, Damian, Didier et Natalia qui ont répondu patiemment à toutes mes interrogations et ont été, dans les moments de doute, l'oreille attentive dont j'avais besoin.

Mes pensées vont également à toutes les personnes croisées le long de ce chemin de doctorat que ce soit à l'Université de Neuchâtel, dans les cadre des Colloques de droit des personnes étrangères organisés par le Prof. Nguyen, lors de mon séjour de mobilité à l'Institut Max Planck d'Heidelberg ou lors d'entretien avec des greffières et greffiers du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral. Tous ces échanges et ces rencontres humaines ont contribué à enrichir ce travail et rendre ces années de thèse inoubliables.

Mes remerciements vont également à mes maitres de stage qui m'ont permis de finir ce travail dans les meilleures conditions possibles.

Je remercie aussi mes parents qui m'ont toujours encouragé dans mes choix et soutenue que ce soit dans la rédaction d'une thèse ou dans ma vie de manière

plus générale. Ma gratitude va en particulier à mon pépé, qui était déjà présent pour moi lorsque je faisais mon travail de maturité, puis à ma soutenance de mémoire et enfin pour ma soutenance de thèse. Je lui suis extrêmement reconnaissante d'être sorti de sa zone de confort pour relire mon travail en un temps record et de m'avoir fait de précieux commentaires.

Enfin, mon infinie gratitude va à Valentin qui m'a toujours patiemment écoutée parler de mon sujet et qui m'a encouragée et remotivée, un « pomodoro » à la fois, même dans les moments les plus difficiles où il fallait terminer ce travail à côté du stage d'avocat. Sa présence et son amour inconditionnel ont indéniablement contribué à l'aboutissement de ce travail.

Neuchâtel, septembre 2022

Aurélie Mariotti

Table des matières

Table des matières	XV
Table des abréviations	XXVII
Bibliographie	XXXIII
Bibliographie générale.....	XXXIII
Directives et commentaires du SEM	L
Introduction générale	1
I. L'objet de la recherche.....	1
II. Les questions de recherche	2
III. La délimitation du sujet	3
IV. Les mots clés pertinents pour ce travail.....	4
Première Partie : Les fondements de la marge de manœuvre	7
Chapitre 1 : Les fondements historiques de la marge de manœuvre	9
I. Le contexte historique et son importance	9
II. L'évolution de la conception de la marge de manœuvre	10
A. La délimitation de la matière.....	11
B. Les premières mentions dans le droit et la doctrine autrichiens.....	11
C. La reprise de ces notions en droit allemand	15
D. Les développements ultérieurs en Suisse	19
E. Une synthèse intermédiaire	21
III. La marge de manœuvre des autorités dans le cadre du développement de la juridiction administrative en Suisse.....	22
A. Quelques généralités.....	23
B. L'introduction de la juridiction administrative en Suisse	23
1. Les raisons de l'introduction tardive de la juridiction administrative.....	23
2. La cour de droit administratif du Tribunal fédéral	24
3. Les commissions fédérales de recours et le Tribunal administratif fédéral	25
4. La réforme de la justice : l'introduction de l'art. 29a Cst. et l'unification des voies de droit.....	27
C. Le développement de la juridiction administrative en Suisse, en particulier l'étendue de son contrôle.....	29

1.	L'imbrication de la marge de manœuvre des autorités dans l'évolution de la juridiction administrative.....	29
2.	L'exclusion du contrôle de la libre appréciation par la cour de droit administratif.....	29
3.	L'élargissement du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à un contrôle de l'opportunité suite à l'affaire des « Mirages ».....	31
4.	Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral après la réforme de la justice	34
D.	Une synthèse intermédiaire	36
IV.	Une conclusion intermédiaire	37
	Chapitre 2 : Les fondements théoriques de la marge de manœuvre	39
I.	Quelques clarifications terminologiques.....	39
II.	Le principe de la séparation des pouvoirs.....	41
A.	Le modèle de la séparation des pouvoirs.....	41
B.	La marge de manœuvre : le point d'intersection entre les trois pouvoirs	42
C.	Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'ordre juridique suisse	43
D.	Les fonctions des autorités impliquées dans la prise de décision.....	45
III.	La densité normative.....	48
A.	Les fondements de la densité normative	48
B.	La densité normative et les notions juridiques indéterminées.....	50
C.	La détermination de la densité normative	51
D.	L'évolution de la densité normative.....	52
E.	Les compensations à la diminution de la densité normative	53
IV.	Le processus de mise en œuvre du droit	54
A.	La mise en œuvre du droit.....	55
1.	La démarche.....	55
2.	Le présupposé : le texte de la norme.....	55
3.	La transposition de la norme dans une décision	56
B.	L'interprétation du droit	58
1.	La notion d'interprétation	58
2.	La nécessité de l'interprétation	59
3.	Les différentes méthodes d'interprétation	60
C.	Les schémas argumentatifs et l'application du droit	61
1.	La problématique	61
2.	Les schémas argumentatifs internes	62
3.	Les schémas argumentatifs externes.....	63
4.	L'application du droit au cas d'espèce	64
V.	Une conclusion intermédiaire	65

Deuxième partie : La théorie générale de la marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel	69
Chapitre 1 : La marge de manœuvre à l'aune des principes généraux du droit	71
I. Quelques généralités et la démarche adoptée	71
II. Le principe de la légalité.....	72
A. La notion.....	72
B. La détermination de la légalité	73
III. Le principe de l'intérêt public.....	75
A. La notion.....	75
B. La détermination des intérêts publics.....	76
C. La coordination des intérêts	77
IV. Le principe de la proportionnalité.....	78
A. La notion.....	78
B. La détermination de la proportionnalité	79
C. La pesée des intérêts.....	81
D. La délimitation entre la proportionnalité et l'opportunité d'une décision.....	83
1. L'enjeu de la délimitation.....	83
2. Quelques essais de délimitation	84
3. Une approche sectorielle.....	85
V. Le principe de l'interdiction de l'arbitraire.....	86
A. La notion.....	86
B. La détermination de l'arbitraire.....	87
C. Le contrôle judiciaire de l'arbitraire.....	88
VI. L'indétermination des principes généraux du droit et des droits fondamentaux	89
VII. Une conclusion intermédiaire	90
Chapitre 2 : La marge de manœuvre des autorités de première instance	93
I. Quelques généralités sur la notion de pouvoir d'appréciation.....	93
II. Le pouvoir d'appréciation des autorités de première instance.....	95
A. La latitude de jugement et les notions juridiques indéterminées.....	95
1. La notion	95
2. La concrétisation à travers les notions juridiques indéterminées	96
3. Le processus de détermination de la latitude de jugement	97
a. L'interprétation et l'application	97
b. Le développement du sens de la règle.....	98
c. L'examen subséquent de la latitude de jugement.....	99
B. La liberté d'appréciation et l'opportunité.....	100
1. La notion	100
2. La concrétisation à travers la notion d'opportunité	101

3.	Le processus de détermination de la liberté d'appréciation.....	102
C.	Les différentes approches du pouvoir d'appréciation	103
1.	Quelques généralités	103
2.	L'évolution de la conception du pouvoir d'appréciation.....	104
3.	D'une approche dualiste... ..	106
a.	La notion	106
b.	Les arguments plaidant pour cette approche	107
4.	...à une approche unitaire	108
a.	La notion	108
b.	Les arguments plaidant pour cette approche	109
5.	Au-delà de la différenciation : une approche selon le but du pouvoir d'appréciation (« <i>Ermessenszweck</i> »).....	110
6.	Une mise en perspective critique	113
a.	Le bilan des différentes approches de la marge de manœuvre.....	113
b.	L'ancrage légal de la distinction	114
c.	La composante micropolitique de la marge de manœuvre.....	114
d.	La mise en pratique	115
e.	La terminologie fluctuante	116
III.	L'établissement des faits et la marge de manœuvre	118
A.	La notion de fait	118
B.	L'instruction de l'affaire	119
1.	La maxime inquisitoire	119
2.	Les moyens de preuve.....	121
3.	Les liens avec la marge de manœuvre	122
a.	Dans l'établissement des faits	122
b.	Une marge de manœuvre procédurale.....	123
C.	La marge de manœuvre dans l'état de fait	124
IV.	L'application du droit et la marge de manœuvre	125
A.	L'application du droit en procédure non contentieuse	125
1.	Le principe	125
2.	La mise en œuvre du droit par l'administration.....	126
3.	La mise en œuvre du droit dans les « cas limites ».....	127
B.	La motivation de la décision	128
1.	Le principe	128
2.	Les exigences relatives à la motivation	129
3.	Les liens avec la marge de manœuvre	131
V.	Une conclusion intermédiaire	133
	Chapitre 3 : La marge de manœuvre des autorités de contrôle	135

I.	Quelques généralités sur la notion de pouvoir d'examen des autorités de contrôle ..	135
II.	La marge de manœuvre des autorités précédant le Tribunal fédéral	137
	A. La recevabilité	137
	1. Quelques généralités	137
	2. La motivation du recours	138
	B. Le contrôle des faits	139
	1. La maxime inquisitoire	139
	2. L'établissement inexact ou incomplet de l'état de fait	141
	C. Le contrôle de l'application du droit	142
	1. L'application d'office du droit.....	142
	2. L'étendue du contrôle de la légalité.....	143
	3. L'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation	145
	4. La motivation.....	148
	D. Le contrôle de l'opportunité	149
	1. La particularité de ce grief.....	149
	2. Le contrôle de l'opportunité	150
	3. Les autorités dont le pouvoir d'examen s'étend à l'opportunité	151
	a. Le principe : les autorités hiérarchiques.....	151
	b. L'exception : les autorités judiciaires.....	152
	c. Le cas particulier du Tribunal administratif fédéral.....	153
III.	La marge de manœuvre du Tribunal fédéral.....	155
	A. Les spécificités du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	155
	B. La recevabilité	156
	1. Quelques généralités	156
	2. Les cas d'irrecevabilité dans le recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral.....	156
	3. La motivation de l'acte	158
	C. Le contrôle des faits	160
	1. Les conditions pour un contrôle des faits	160
	2. L'étendue du contrôle quant aux faits.....	162
	D. Le contrôle de l'application du droit	163
	1. L'application d'office du droit.....	163
	2. L'étendue du contrôle de la légalité.....	165
	a. Dans le recours en matière de droit public	165
	b. Dans le recours constitutionnel subsidiaire	167
	E. L'(absence de) contrôle de l'opportunité	168
IV.	La marge de manœuvre des instances internationales	168
	A. Quelques généralités.....	168

B.	La marge de manœuvre de la CourEDH	169
1.	Le contexte de la problématique	169
2.	Le pouvoir d'examen de la CourEDH dans l'examen d'une requête individuelle	171
3.	Le principe de subsidiarité et de la marge d'appréciation nationale.....	173
4.	Le principe d'effectivité des droits comme contre poids au principe de subsidiarité	174
5.	Le développement de ces principes dans la jurisprudence de la CourEDH	176
6.	Des remarques conclusives sur le pouvoir d'examen de la CourEDH	180
C.	La marge de manœuvre des Comités de l'ONU.....	181
1.	Le contexte de la problématique	181
2.	Le pouvoir d'examen des Comités de l'ONU	181
a.	La recevabilité	181
b.	Le fond	183
3.	Des remarques conclusives sur le pouvoir d'examen des Comités de l'ONU	185
V.	Une conclusion intermédiaire	186
	Chapitre 4 : L'exercice effectif du pouvoir d'examen	189
I.	Le contexte de la problématique	189
II.	Les distinctions à opérer	190
A.	La limitation du pouvoir d'examen et la retenue dans l'exercice du pouvoir d'examen	190
B.	La distinction entre le contrôle de la légalité et celui de l'opportunité	191
III.	Un pouvoir mais aussi un devoir d'examen de la part de l'autorité	193
IV.	L'étendue du pouvoir d'examen des autorités judiciaires	196
A.	Le pouvoir d'examen tel que prévu par la loi	196
B.	La retenue dans l'exercice du pouvoir d'examen.....	198
C.	Le pouvoir d'examen exercé de manière créatrice.....	199
V.	Un approfondissement : la retenue dans l'exercice du pouvoir d'examen des tribunaux	200
A.	Quelques généralités.....	201
B.	Une proposition de classification du contrôle exercé avec retenue.....	201
1.	La démarche.....	201
2.	La retenue en présence d'un pouvoir d'appréciation.....	202
a.	Une remarque introductive	202
b.	La latitude de jugement	202
c.	La liberté d'appréciation	203
3.	La retenue en présence de connaissances locales et techniques	204

a.	Les notions	204
b.	La pratique des tribunaux en présence de connaissances techniques	205
(i)	La retenue des tribunaux fédéraux	205
(ii)	Quelques exemples de retenue en présence de connaissances techniques	207
4.	La retenue en présence de mesures internes à l'administration	209
5.	La retenue en présence de motifs d'ordre politique	209
6.	La retenue en présence de pratiques administratives	210
C.	L'usage de l'expression « sans nécessité » par les tribunaux	211
D.	La justification de l'exercice différencié du pouvoir d'examen	213
1.	La démarche	213
2.	La densité normative	214
3.	La responsabilité des autorités	215
4.	Les connaissances spécialisées	216
5.	Le fédéralisme et l'autonomie communale	218
E.	Les correctifs à la retenue des autorités judiciaires	220
1.	Quelques généralités	220
2.	Les garanties procédurales	221
3.	Pour une plus grande transparence dans le processus décisionnel	222
4.	D'autres pistes ?	223
F.	Une synthèse intermédiaire	224
VI.	Une conclusion intermédiaire	226
Troisième partie : La marge de manœuvre des autorités en droit des personnes étrangères		229
Chapitre 1 : La démarche retenue		231
I.	Le choix du domaine du droit des personnes étrangères	231
A.	La délimitation du domaine du droit des personnes étrangères	231
B.	Le choix du point de vue juridique	233
C.	Le choix du point de vue sociétal	234
II.	L'approche méthodologique	236
A.	L'approche retenue	237
1.	Généralités sur la construction de la 3 ^{ème} partie	237
2.	Une approche empirique de la matière	238
3.	La pertinence de l'analyse de la jurisprudence	239
B.	Le corpus de données	240
1.	L'objet : les décisions publiées du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme	240
2.	La période passée sous revue	241

Chapitre 2 : La théorie générale de la marge de manœuvre en droit des personnes étrangères	243
I. Les fondements de la marge de manœuvre en droit des personnes étrangères.....	243
A. Les autorités compétentes en droit des personnes étrangères	243
B. Le cadre posé par l’art. 96 LEI.....	245
1. La genèse de la disposition	245
2. Le rôle de cette disposition	247
a. La notion de pouvoir d’appréciation en droit des personnes étrangères	247
b. L’avertissement : une illustration concrète de la portée de l’art. 96 LEI	249
3. Les éléments dont les autorités doivent tenir compte dans la prise de décision	251
a. La démarche de l’autorité.....	251
b. Les intérêts publics.....	251
c. La situation personnelle de l’intéressé	253
d. L’intégration.....	253
C. L’évolution de la marge de manœuvre des autorités en droit des personnes étrangères.....	254
D. Une synthèse intermédiaire	256
II. La marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel en droit des personnes étrangères	257
A. La démarche	257
B. Le pouvoir d’examen du Tribunal administratif fédéral	258
1. L’étendue de son pouvoir d’examen.....	258
2. Les délimitations entre les domaines de l’asile et des étrangers.....	259
3. Le pouvoir d’examen en droit d’asile.....	261
a. L’art. 106 LAsi.....	261
(i) En général.....	261
(ii) La genèse de l’art. 106 LAsi et en particulier de sa composante concernant l’opportunité.....	261
(iii) L’opportunité d’un contrôle étendu à l’opportunité dans le domaine de l’asile.....	263
b. L’absence de retenue du Tribunal administratif fédéral.....	266
c. Les arrêts de référence et les analyses-pays	267
4. Le pouvoir d’examen en droit des étrangers et du droit de cité.....	269
a. En général.....	269
b. Les décisions où le SEM est au bénéfice d’un pouvoir d’appréciation	270
C. Le pouvoir d’examen du Tribunal fédéral.....	271

1.	L'étendue de son pouvoir d'examen.....	271
2.	L'enjeu du droit à une autorisation de séjour quant à la recevabilité du recours.....	272
3.	La retenue dans l'examen des questions d'appréciation.....	273
4.	La jurisprudence créatrice du Tribunal fédéral.....	275
D.	La position de la CourEDH dans les questions migratoires.....	276
E.	Une synthèse intermédiaire.....	278
III.	Une conclusion intermédiaire.....	280
	Chapitre 3 : Les thématiques choisies	283
I.	Le choix des thématiques.....	283
II.	Le droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH).....	284
A.	Quelques généralités.....	284
1.	Les notions.....	284
2.	Les conditions d'application.....	286
3.	Les restrictions.....	287
a.	L'absence de droit à séjourner dans un Etat membre particulier.....	287
b.	L'ingérence dans le droit à la vie privée et familiale.....	288
4.	Les étapes du raisonnement des instances de contrôle.....	289
a.	L'examen de la recevabilité.....	289
b.	L'examen du fond.....	290
B.	La casuistique relative à l'art. 8 CEDH.....	291
1.	L'importance de la jurisprudence.....	291
2.	La possibilité versus le droit au séjour.....	292
a.	Les enjeux.....	292
b.	Le droit de séjour pour une personne au bénéfice d'un long séjour en Suisse.....	292
c.	Le droit de séjour pour une personne issue du domaine de l'asile.....	294
3.	Le droit à la vie privée.....	295
4.	Le droit à la vie familiale.....	297
a.	Le moment déterminant s'agissant de l'âge de l'enfant comme condition au regroupement familial.....	297
b.	Les obligations positives découlant de l'art. 8 CEDH.....	299
(i)	Leur étendue.....	299
(ii)	Le regroupement familial partiel.....	302
(iii)	Le regroupement familial inversé.....	304
5.	L'examen de la proportionnalité et la pesée des intérêts au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH.....	308
a.	Le contexte de la pesée des intérêts.....	308
b.	Dans le cadre d'un droit de visite.....	309

c.	En présence d’une infraction pénale	311
(i)	Les éléments à prendre en considération.....	311
(ii)	L’appréciation du Tribunal fédéral.....	314
(iii)	L’appréciation de la CourEDH.....	316
d.	En cas d’interdiction d’entrée sur le territoire.....	323
(i)	Les éléments à prendre en considération.....	323
(ii)	L’appréciation des tribunaux.....	324
e.	Les autres cas relatifs à la proportionnalité d’une mesure	326
C.	L’art. 8 CEDH à l’aune de la marge de manœuvre des autorités.....	327
1.	Les différents développements en lien avec l’art. 8 CEDH.....	327
2.	La limitation de la marge de manœuvre	327
3.	L’extension du champ d’application.....	328
4.	La pesée des intérêts	330
a.	La marge de manœuvre des autorités dans la pesée des intérêts.....	330
b.	Les différents éléments à prendre en considération	331
c.	Les divergences de résultats.....	333
D.	Une synthèse intermédiaire	334
III.	Le pouvoir d’examen des tribunaux fédéraux dans la procédure de naturalisation ordinaire	336
A.	Quelques généralités.....	336
1.	La loi sur la nationalité suisse.....	336
2.	La procédure de naturalisation ordinaire	337
a.	Le déroulement de la procédure	337
b.	Les conditions formelles et matérielles.....	339
c.	Les dispositions procédurales spéciales	340
(i)	La motivation de la décision	340
(ii)	La protection de la sphère privée	340
(iii)	La garantie de l’accès au juge	341
3.	L’annulation de la naturalisation	341
B.	La casuistique relative à la naturalisation ordinaire	343
1.	Généralités	343
a.	Les instances compétentes	343
b.	Les griefs soulevés	343
2.	Les garanties de procédure	344
a.	Les garanties générales de procédure et le principe de la bonne foi	344
b.	La durée de la procédure	346
3.	Les conditions matérielles	346
a.	L’intégration.....	346

b.	La familiarisation avec les conditions de vie en Suisse	347
c.	La mise en danger de la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse	348
4.	L'interdiction des discriminations	350
5.	L'interdiction de l'arbitraire	353
6.	L'autonomie communale	356
C.	La décision de naturalisation à l'aune de la marge de manœuvre des autorités	359
1.	L'évolution de l'étendue du contrôle sur les décisions concernant la naturalisation.....	359
2.	La marge de manœuvre des autorités dans la procédure de naturalisation	362
a.	La marge de manœuvre dans la détermination des conditions de naturalisation	362
(i)	Les conditions de naturalisation	362
(ii)	Un droit à la naturalisation ?	364
b.	L'étendue du pouvoir d'examen des tribunaux fédéraux.....	365
D.	Une synthèse intermédiaire	367
IV.	Le contrôle de l'opportunité par le Tribunal administratif fédéral	369
A.	Quelques généralités.....	370
1.	La portée du contrôle de l'opportunité	370
a.	La pertinence du contrôle de l'opportunité	370
b.	La portée du contrôle de l'opportunité dans le domaine de l'asile	371
c.	Le contrôle de l'opportunité dans le cadre de l'application de la clause de souveraineté.....	372
2.	La procédure d'approbation.....	373
a.	En général.....	373
b.	La marge de manœuvre des autorités dans la procédure d'approbation	374
B.	La casuistique relative au contrôle de l'opportunité	375
1.	Le contrôle de l'opportunité en droit d'asile et la portée de sa suppression	375
a.	Les arrêts admis pour inopportunité de la décision.....	375
b.	Les principes guidant le pouvoir d'appréciation dans l'application de la clause de souveraineté.....	378
2.	Le contrôle de l'opportunité en droit des étrangers et du droit de cité	379
a.	La distinction entre l'opportunité et la proportionnalité	379
b.	Les arrêts admis pour inopportunité.....	381
c.	Les cas limites dans la procédure d'approbation	382

C.	La mise en perspective du contrôle de l'opportunité	384
1.	La délimitation entre les contrôles de l'opportunité et de la proportionnalité	384
2.	La portée du contrôle de l'opportunité en droit d'asile	385
a.	Les conséquences de la suppression du contrôle de l'opportunité	385
b.	Quel bilan pour le contrôle de l'opportunité en droit d'asile ?	386
3.	La portée du contrôle de l'opportunité en droit des étrangers et droit de cité	387
4.	L'importance du contrôle de l'opportunité au Tribunal administratif fédéral en droit des personnes étrangères	388
D.	Une synthèse intermédiaire	389
V.	Une conclusion intermédiaire	390
	Conclusion générale – les thèses	393
I.	Les fondements	393
II.	La marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel.....	394
III.	La marge de manœuvre des autorités en droit des personnes étrangères	396
	Annexe : Table des arrêts	399

Table des abréviations

AELE	Association européenne de libre échange
Al.	Alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, RS 0.142.112.681
aLN	Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (Loi sur la nationalité, LN), RO 1952 1115
Art.	Article
Asyl	Revue suisse pour la pratique et le droit d'asile
ATAF	Arrêts publiés du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêts publiés du Tribunal fédéral
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, RO 2007 5437
BO	Bulletin officiel
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, RS 173.110
BsK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizirischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, RS 101
c.	Contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, RS 0.105
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, RS 0.107
CE	Conseil des Etats

CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, RS 0.108
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CECR	Cadre européen commun de référence pour les langues
CEDR	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, RS 0.104
Cf.	Confere
Chap.	Chapitre
CN	Conseil national
COI	Country of Origin Information (informations sur les pays d'origine)
Consid.	considérant(s)
CommEDH	Commission européenne des droits de l'homme
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CR	Convention relative au statut de réfugié du 28 juillet 1951, RS 0.142.30.
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111
DEP	Droit de l'environnement dans la pratique (revue)
DFJP	Département fédéral de justice et police
Dir.	Sous la direction de
Éd.	Édition
Édit.	Éditeur(s)
EICom	Commission fédérale de l'électricité
EJIL	European Journal of International Law
EPF	Ecoles polytechniques fédérales
GR	Canton des Grisons
IRA	Armée républicaine irlandaise (<i>Irish Republican Army</i>)

LA	Loi sur l'asile du 5 octobre 1979, RO 1980 1718
LApEI	Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007, RS 734.7
LAsi	Loi sur l'asile du 26 juin 1998, RS 142.31
LAT	Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979, RS 700
LEaux	Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991, RS 814.20
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005, RS 142.20
let.	Lettre
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005, RO 2007 5437
LF	Loi fédérale
LFo	Loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991, RS 921.0
LN	Loi sur la nationalité suisse du 20 juin 2014, RS 141.0
LPA-GE	Loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985, RS-GE E 5 10
LPA-VD	Loi sur la procédure administrative vaudoise du 28 octobre 2008, RS-VD 173.36
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1
LPJA-NE	Loi sur la procédure et la juridiction administrative neuchâteloise du 27 juin 1979, RS-NE 152.130
LPJA-VS	Loi sur la procédure et la juridiction administratives valaisanne du 6 octobre 1976, RS-VS 172.6
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983, RS 814.01
LPN	Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1 ^{er} juillet 1966, RS 451
LSEE	Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931, abrogée au 1 ^{er} janvier 2008, RO 49 279
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951, RS 812.121
LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005, RS 73.32

LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
LTTE	Tigres de libération tamoule (<i>Liberation Tigers of Tamil Eelam</i>)
LU	Canton de Lucerne
N	Note marginale
n°	Numéro
OA 1	Ordonnance 1 sur l’asile relative à la procédure du 11 août 1999, RS 142.311
OASA	Ordonnance relative à l’admission, au séjour et à l’exercice d’une activité lucrative du 24 octobre 2007, RS 142.201
OA-DFJP	Ordonnance du DFJP relative aux autorisations et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers soumises à la procédure d’approbation du 13 août 2015, RS 142.201.1
OAT	Ordonnance sur l’aménagement du territoire du 28 juin 2000, RS 700.1
OEV	Ordonnance sur l’entrée et l’octroi de visas du 15 août 2018, RS 142.204
OFEV	Office fédéral de l’environnement
OFJ	Office fédéral de la justice
OLCP	Ordonnance sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l’Union européenne et ses États membres, entre la Suisse et le Royaume-Uni, ainsi qu’entre les États membres de l’Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002, RS 142.203
OLN	Ordonnance sur la nationalité suisse du 17 juin 2016, RS 141.01
ONU	Organisation des Nations Unies
OSAR	Organisation suisse d’aide aux réfugiés
p.	Page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021
pa	pouvoir d’appréciation
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2

par.	Paragraphe
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947, RS 273
PF CDE	Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications du 19 décembre 2011, RS 0.107.3
PF CEDEF	Protocole facultatif se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 6 octobre 1999, RS 0.108.1
PJA	Pratique juridique actuelle
RCS	Recours constitutionnel subsidiaire
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RMDP	Recours en matière de droit public
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS-BS	Recueil systématique du droit du canton de Bâle-Ville
RS-FR	Recueil systématique du droit fribourgeois
RS-GE	Recueil systématique du droit genevois
RS-JU	Recueil systématique du droit jurassien
RS-LU	Recueil systématique du droit lucernois
RS-NE	Recueil systématique du droit neuchâtelois
RS-SO	Recueil systématique du droit soleurois
RS-VD	Recueil systématique du droit vaudois
RS-VS	Recueil systématique du droit valaisan
RS-ZH	Recueil systématique du droit zurichois
RTF	Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006, RS 173.110.131
RTAF	Règlement du Tribunal administratif fédéral du 17 avril 2008, RS 173.320.1
SEM	Secrétariat d'Etat aux migrations
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung : Publikationsorgan des schweizerisches Anwaltverbandes
SRC	Service de renseignement de la Confédération
Ss	Et suivant(e)s

UDC	Union démocratique du centre
UE	Union européenne
Vol.	Volume
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Bibliographie

Bibliographie générale

- ACHERMANN ALBERTO, *Migrationsverfassung*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich 2020, p. 2183 (cité : ACHERMANN (2021))
- ACHERMANN CHRISTIN, *Bureaucrates anonymes ou êtres humains agissant en « leur âme et conscience » ?*, in : *Terra cognita* n° 32 – La gestion des migrations en point de mire, printemps 2018, p. 18 (cité : ACHERMANN (2018))
- ADANK-SCHÄRER ANNA-BARBARA, *Les défis liés à la coordination de la jurisprudence*, in : « Justice - Justiz – Giustizia » 2020/1 (cité : ADANK-SCHÄRER (2020))
- AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (édit.), *Commentaire pratique de la LAT : Autorisation de construire, protection juridique et procédure*, Genève/Zurich/Bâle 2020 (cité : AUTEUR, art. x, in : Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (édit.), *Commentaire pratique de la LAT : Autorisation de construire, protection juridique et procédure*)
- AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (édit.), *Commentaire pratique de la LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts*, Genève/Zurich/Bâle 2019 (cité : AUTEUR, art. x, in : Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (édit.), *Commentaire pratique de la LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts*)
- AFFOLTER LAURA, *Asylum Matters – On the Front Line of Administrative Decision-Making*, publié en open access par Palgrave Macmillan, Cham 2021 (cité : Affolter (2021))
- AMARELLE CESLA/NGUYEN MINH SON (édit.), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV : Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne 2015 2017 (cité : AUTEUR, in : Amarelle/Nguyen (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. IV : LAsi, art. x LAsi, N y)

- AMARELLE CESLA/NGUYEN MINH SON (édit.), *Code annoté de droit des migrations, Volume I : Droits humains*, Berne 2014 (cité : AUTEUR, in : Amarelle/Nguyen (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. I : Droits humains, art. x, N y)
- AMARELLE CESLA/NGUYEN MINH SON (édit.), *Code annoté de droit des migrations, Volume V : Loi sur la nationalité (LN)*, Berne 2014 (cité : AUTEUR, in : Amarelle/Nguyen (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. V : LN, art. x, N y)
- AMMANN ODILE, *Domestic Courts and the Interpretation of International Law, Methods and Reasoning Based on the Swiss Example*, Leiden/Boston 2020 (cité : AMMANN (2020))
- AMMANN ODILE, *International Law in Domestic Courts Through an Empirical Lens: the Swiss Federal Tribunal's Practice of International Law in Figures*, in : SRIEL 2018, p. 489 (cité : AMMANN (2018))
- ANGELI-BUSI PIETRO/GRANDJEAN YANN, *Le traitement des griefs formels par la juridiction administrative fédérale*, in : PJA 2019 p. 364 (cité : ANGELI-BUSI/GRANDJEAN (2019))
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : AUTEUR, art. x Cst., N y)
- AUDOUY LAURÈN, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Université de Montpellier 2015, disponible sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01369159/document> (cité : AUDOUY (2015))
- AUER ANDREAS, *La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers*, in : PJA 1994 n° 6, p. 749 (cité : AUER (1994))
- AUER ANDREAS, *Quelques remarques sur la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juges*, in : *Rivista di diritto amministrativo ticinese*, Bellinzona 1986, p. 195 (cité : AUER (1986))
- AUER ANDREAS, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016 (cité : AUER (2016))
- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (édit.), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich/St-Gall 2019 (cité : AUTEUR, in : Auer/Müller/Schindler, art. x VwVG, N y)
- BAILLEUX ANTOINE/OST FRANÇOIS, *Droit, contexte et interdisciplinarité : re-fondation d'une démarche*, in : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2013/1, Vol. 70, p. 25 (cité : BAILLEUX/OST (2013))

- BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY (édit.), *Le contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2013 (cité : BELLANGER/TANQUEREL (2013))
- BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY (édit.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Zurich/Bâle 2006 (cité : BELLANGER/TANQUEREL (2006))
- BERNATZIK EDMUND, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* 1886, nouvelle impression Darmstadt (Allemagne) 1964 (cité : BERNATZIK (1886))
- BERTOSSA FRANCESCO, *Der Beurteilungsspielraum, Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht*, Berne 1984 (cité : BERTOSSA (1984))
- BESSON SAMANTHA/GRAF-BRUGÈRE ANNE-LAURENCE, *Le droit de vote des expatriés, le consensus européen et la marge d'appréciation des Etats (Cour eur. dr. h., arrêt Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce, 15 mars 2012)*, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°100 du 1^{er} octobre 2014 (cité : BESSON/GRAF-BRUGÈRE (2014))
- BEUSCH MICHAEL, *Spezialisierung in der Justiz – Gedanken betreffend das öffentliche Recht im Allgemeinen und das Steuerrecht im Besonderen*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/2 (cité : BEUSCH (2013))
- BIANCHI DORIS, *Paradigmenwechsel im Einbürgerungsrecht. Vom politischen Einbürgerungsentscheid zum Verwaltungsakt*, in : ZBl 105/2004, p. 401 (cité : BIANCHI (2004))
- BINDER ANJA MARTINA, *Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei Prozessen mit fachtechnischen Fragen*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2014/3 (cité : BINDER (2014))
- BINDER ANJA MARTINA, *Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Dargestellt an den verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Bundesebene*, Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : BINDER (2016))
- BINDER ANJA MARTINA, *Technisches Fachwissen am Bundesverwaltungsgericht*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2015/4
- BOHNET FRANÇOIS/GUILLOD OLIVIER (édit.), *Droit matrimonial – Fond et procédure*, Bâle 2016 (cité : CPra Matrimonial-[AUTEUR], art. X N Y)
- BOLZMAN CLAUDIO, *La politique migratoire suisse – Entre contrôle et intégration*, in : Egards d'identité, n°99, printemps 2002, p. 65 (cité : BOLZMAN (2002))
- BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, 2^{ème} éd., Berne 2015 (cité : BOVAY (2015))
- CANDRIAN JÉRÔME, *Introduction à la procédure administrative fédérale – La procédure devant les autorités administratives fédérales et le Tribunal administratif fédéral*, Bâle 2013 (cité : CANDRIAN (2013))

- CARONI MARTINA/GÄCHTER THOMAS/TURNHERR DANIELA (édit.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Stämpflis Handkommentar, Berne 2010 (cité : Auteur, in : Caroni/Gächter/Turnherr (édit.), Handkommentar zum AuG, Art. x, N y)
- CARONI MARTINA/MEISSER LIVIA, *Les nouvelles réalités familiales – un défi aussi pour le droit des migrations*, in : Corbaz/Nguyen (édit.), *Actualité du droit des étrangers – Les relations familiales*, Numéro spécial 2016, Neuchâtel/Berne 2016, p. 23ss (cité : CARONI/MEISSER (2016))
- CARONI MARTINA/SCHNEIDER NICOLE/PREISIG CHRISTA/ZOETEWEIF MARGARITE, *Migrationsrecht*, 4^{ème} éd., Berne 2018 (cité : CARONI ET AL. (2018))
- CASSESE SABINO, *Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH*, in : *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l’homme, Conseil de l’Europe 2015 (cité : CASSESE (2015))
- CAYON-DE LAS CUEVAS, *The Widening of the National Margin of Appreciation Allowed by the Strasbourg Court : A Backward Step for Reproductive Rights in Europe ?*, in : Belov Martin (édit.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Hollande 2019, p. 397 (cité : CAYON-DE LAS CUEVAS (2019))
- CHAIX FRANÇOIS, *Les motifs de recours en matière de droit public*, in : Bohnet François/Tappy Denis (édit.), *Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral*, Neuchâtel/Bâle 2017, p. 187 (cité : CHAIX (2017))
- CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRÉSARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE, *Commentaire de la LTF*, 2^{ème} éd., Berne 2014 (cité : Auteur, in : Corboz et al., *Commentaire de la LTF*, Art. x, N y)
- CORNIOLEY PIERRE, *Le pouvoir d’appréciation de l’administration et son contrôle selon les critères de l’Etat de droit*, in : RDAF 1968 p. 49 (cité : CORNIOLEY (1968))
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, *Gouvernement et administration dans les cantons et les communes*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich 2020, p. 1833 (cité : DÉFAGO GAUDIN (2021))
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, *L’opposition et le recours hiérarchique*, in : Belanger François/Tanquerel Thierry (édit.), *Le contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 179 (cité : DÉFAGO GAUDIN (2013))
- DI DONATO FLORA/GARROS ELODIE/LAVANCHY ANNE/MAHON PASCAL/ZITTOUN TANIA, *La fabrique de l’intégration*, Lausanne 2020, (cité : AUTEUR, Titre chapitre, in : *La fabrique de l’intégration*, p. x)

- DONZALLAZ YVES, *Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire*, Berne 2008 (DONZALLAZ (2008))
- DUBEY CLAUDE-EMMANUEL, *La procédure de recours devant le Tribunal fédéral*, in : Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), *Le contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 137 (cité : DUBEY (2013))
- DUBEY JACQUES, *Droits fondamentaux, Volume I : Notion, garantie, restriction et juridiction*, Bâle 2018 (cité : DUBEY (2018))
- DUBEY JACQUES, *Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle 2018 (cité : DUBEY (2018a))
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014 (cité : DUBEY/ ZUFFEREY (2014))
- EGGENSCHWILER ERNST, *Die Ermessenskontrolle im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht*, in : *Revue de droit suisse*, 1962/1, p. 449-489 (cité : EGGENSCHWILER (1962))
- EHMKE HORST, « *Ermessen* » und « *unbestimmter Rechtsbegriff* » im *Verwaltungsrecht*, Tübingen 1960 (cité : EHMKE (1960))
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (édit.), *St. Galler Kommentar – Die schweizerische Bundesverfassung*, 3ème éd., Zurich/St Gall 2014 (cité : AUTEUR, St. Galler Kommentar zu Art. x, Rz. y)
- ELSNER THOMAS, *Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders*, Berlin 2011 (cité : ELSNER (2011))
- FAVRE DOMINIQUE, *Juge fédéral ou « spécialiste » fédéral ?*, in : RSJ 105/2009, p. 101 (cité : FAVRE (2009))
- FELLER RETO/MÜLLER MARKUS, *Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008*, in : ZBl 110/2009, p. 442 (cité : FELLER/MÜLLER (2009))
- FLEINER FRITZ, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8^{ème} éd., Tübingen 1928 (cité : FLEINER (1928))
- FLEINER FRITZ, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris 1933 (cité : FLEINER 1933))
- FLEINER FRITZ, *Zur Technik des Verwaltungsrecht*, Zurich 1928 (cité : FLEINER (1928a))

- FROMONT MICHEL, *Droit administratif des Etats européens*, Paris 2006 (cité : FROMONT (2006))
- FROWEIN JOCHEN ABR., *The Transformation of Constitutional Law through the European Convention on Human Rights*, in : *Human Rights Law Journal* (HRLJ), n°35 (2015), p. 1 (cité : FROWEIN (2015))
- FÜGLISTALER GABRIEL, *The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence*, *Cahier de l'IDHEAP* 295/2016 (cité : FÜGLISTALER (2016))
- GAVILLET AURÉLIE, *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse*, Berne 2018 (cité : GAVILLET (2018))
- GEISSBÜHLER GRÉGOIRE, *Les recours universitaires*, Zurich 2016 (cité : GEISSBÜHLER (2016))
- GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) – Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018 (cité : AUTEUR A, Art. x CEDH, N y, in : Gonin/Bigler, *Commentaire de la CEDH – Art. 1 à 18*)
- GRABENWARTER CHRISTOPH, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Munich 2014 (cité : GRABENWARTER (2014), Art. x ECHR, N y)
- GRANT PHILIP, *La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers*, Genève 2000 (cité : GRANT (2000))
- GRASDORF-MEYER TOBIAS, *Verfahrensleitung im Verwaltungsjustizverfahren – Spielräume und Leitplanken*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/1 (cité : GRASDORF-MEYER (2019))
- GREER STEVEN, *La marge d'interprétation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 2000 (cité : GREER (2000))
- GRISEL ANDRÉ, *Traité de droit administratif*, Vol. I, Neuchâtel 1984 (cité : GRISEL (1984))
- GUTZWILLER CÉLINE, *Droit de la nationalité suisse – Acquisition, perte et perspectives*, Zurich 2016 (cité : GUTZWILLER (2016))
- HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2^{ème} éd., Berne 2014 (cité : HAEFLIGER/SCHÜRMAN (2014))
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^{ème} éd., Zurich 2020 (cité : HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020))

- HANGARTNER YVO, *Behördenrechtliche Kognitionsbeschränkungen in der Verwaltungsrechtspflege*, in : Bovay Benoit/Nguyen Minh Son (édit.), *Théorie du droit – droit administratif – Organisation du territoire*, Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Berne 2005 (cité : HANGARTNER (2005))
- HANGARTNER YVO, *Grundsatzfragen der Einbürgerung nach Ermessen*, in : ZBl 110/2009, p. 293 (cité : HANGARTNER (2009))
- HANGARTNER YVO, *Richterliche Zurückhaltung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in : Zufferey Jean-Baptiste et al. (édit.), *L'homme et son droit*, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire, Zurich 2011, p. 173ss (cité : HANGARTNER (2011))
- HANGARTNER YVO, *Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheidungen von Vorinstanzen*, in: Schindler Benjamin/Sutter Patrick (édit.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zurich 2007 (cité : HANGARTNER (2007))
- HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUÉCHAVY MICHEL, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle (cité : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (2011))
- HUBER HANS, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, in : *Demokratie und Rechtsstaat : Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti*, Zurich 1953 (cité : HUBER (1953))
- HUGI YAR THOMAS, *Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht*, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (édit.), *Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – Von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 2^{ème} éd., Bâle 2009 (cité : HUGI YAR (2009))
- IMBODEN MAX, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, in : Erwin Ruck et al. (édit.), *Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Cahier 38*, Bâle/Stuttgart 1954 (cité : IMBODEN (1954))
- IVANOV DANIELA, *La proportionnalité des actes normatifs*, in : Jusletter 24 octobre 2016 (cité : IVANOV (2016))
- JELLINEK WALTER, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung : Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und –verfügungen*, Tübingen 1913 (cité : JELLINEK (1913))
- JÖHR EDUARD, *Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens*, Aarau 1931 (cité : JÖHR (1931))
- JOSEPH SARAH, *A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies, Seeking remedies for Torture Victims*, OMCT Handbook Series, 2^{ème} éd. 2006, disponible en ligne sous :

- https://www.omct.org/files/2014/11/22956/v4_web_onusien_en_omc14.pdf (cité : JOSEPH ET AL. (2006))
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2^{ème} éd., Zurich/St-Gall 2015 (cité : KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2015))
- KIRCHHOFFER EMIL, *Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht*, in : ZSR 49 (1930), p. 1 (cité : KIRCHHOFFER (1930))
- KNAPP BLAISE, *Le pouvoir d'examen des organes du contentieux administratif fédéral et genevois*, in : ZBl 72/1971, p. 401 (cité : KNAPP (1971))
- KÖLZ ALFRED, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Traduction Béatrice et Jean-François Aubert, Berne 2013 (cité : KÖLZ (2013))
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 2013 (cité : KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013))
- KURT STEFANIE, *Nouvelles exigences en matière d'intégration des étrangers*, in : Plaidoyer 4/17, p. 20 (cité : KURT (2017))
- LADNER ANDREAS, *Etat, système politique et accomplissement des tâches*, in : Ladner Andreas et al. (édit), *Manuel d'administration publique*, Lausanne 2013, p. 7 (cité : LADNER (2013))
- LAMBERT HÉLÈNE, *La situation des étrangers au regard de la convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe 2007 (cité : LAMBERT (2007))
- LE FORT OLIVIA, *Des guidelines pour mieux circonscrire la notion de vraisemblance en matière d'asile*, in : Jusletter du 18 mars 2013 (cité : LE FORT (2013))
- LE FORT OLIVIA, *L'interprétation de la notion de vraisemblance dans la loi sur l'asile*, in : Pichonnaz Pascal (édit.), *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, Genève 2014, p. 227 (cité : LE FORT (2014))
- LE FORT OLIVIA, *La preuve et le principe de non-refoulement, Entre droit international des réfugiés, protection des droits humains et droit suisse des migrations*, Genève/Zurich/Bâle 2018 (cité : LE FORT 2018))
- LEMMENS PAUL, *Réponse à l'exposé de Monsieur Jean-Marc Sauvé*, in : Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2015 (cité : LEMMENS (2015))
- LENDI MARTIN, *Legalität und Ermessensfreiheit*, St-Gall 1958 (cité : LENDI (1958))

- LEUTHOLD MATTHIAS, *Die Prüfungsdichte des Bundesgerichts im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte*, Berne 1992 (LEUTHOLD (1992))
- LIENHARD ANDREAS, *Droit constitutionnel et administratif*, in : Ladner Andreas et al. (édit.), *Manuel d'administration publique*, Lausanne 2013, p. 219 (cité : LIENHARD (2013))
- LINDER WOLF, *Inflation législative ? Le développement quantitatif de la législation fédérale*, in : *LeGes 2017/2*, p. 199 (cité : LINDER (2017))
- MACKAY JAMES PETERS HYMERS, *The margin of appreciation and the need for balance*, in : Mahoney Paul (édit.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 2000, p. 837ss (cité : MACKAY (2000))
- MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3^{ème} éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : MAHON (2014))
- MALINVERNI GIORGIO, *Le droit des étrangers*, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jorg Paul, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 979 (cité : MALINVERNI (2001))
- MALINVERNI GIORGIO, *Le pouvoir d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme*, in : Dutoit Bernard/Grisel Etienne (édit.), *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne 1984, p. 199-211 (cité : MALINVERNI (1984))
- MALINVERNI GIORGIO, *Le projet de loi fédérale sur les étrangers*, in : *SJ 2000 II* p. 409 (cité : MALINVERNI (2000))
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'Etat*, 4^{ème} éd., Berne 2021 (cité : MALINVERNI ET AL. (2021))
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux*, 4^{ème} éd., Berne 2021 (cité : MALINVERNI ET AL. (2021a))
- MANFRINI PIERRE-LOUIS, *Nature et effets juridiques des ordonnances administratives*, Genève 1958 (cité : MANFRINI (1958))
- MARIOTTI AURÉLIE/ROSSET DAMIAN, *L'analyse-pays et les « précédents factuels » dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral sur l'Erythrée : entre ombre et lumière*, in : *Asyl 2/20* p. 3 (cité : MARIOTTI/ROSSET (2020))
- MARTENET VINCENT, *Architecture des pouvoirs, Enjeux et perspectives pour un Etat, une union d'Etats et les Nations Unies*, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : MARTENET (2016))

- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle 2021 (cité : CR Cst.-AUTEUR, art. x N y)
- MARTIN JÜRIG/SELTSMANN JAN/LOHER SILVAN, *Die Verfügung in der Praxis, Ein Leitfaden für Behörden, Adressaten und Anwälte*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : MARTIN/SELTSMANN/LOHER (2016))
- MAUER HARTMUT/WALDHOFF CHRISTIAN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19^{ème} éd., Munich 2017 (cité : MAURER/WALDHOFF (2017))
- MAYER OTTO, *Droit administratif allemand, Tome premier – Partie générale*, Paris 1903 (cité : MAYER (1903))
- MERZ BARBARA, *Der lange Weg zum kurzen Urteil – Die Redaktion von Urteilen*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2007/3 (cité : MERZ (2007))
- METZ MARKUS, *Koordination der Rechtsprechung und Ermessenskontrolle am Bundesverwaltungsgericht*, in : Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (édit.), *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : METZ (2013))
- MEYER ULRICH/BÜHLER ALFRED, *Eintreten und Kognition nach BGG*, in: *Revue de l'avocat* n° 11/12 (2008), p. 491ss (cité : MEYER/BÜHLER (2008))
- MIAZ JONATHAN, *Politique d'asile et sophistication du droit : Pratiques administratives et défense juridique des migrants en Suisse (1981-2015)*, Université de Strasbourg 2017, disponible en open access sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01737327> (cité : MIAZ (2017))
- MIAZ JONATHAN/STÜNZI ROBIN, *Le discours sur les abus dans le domaine de l'asile : contexte d'émergence dans une perspective historique et européenne*, in : Leyvraz Anne-Cécile/Rey Raphaël/Rosset Damian/Stünzi Robin (édit.), *Asile et abus – Regards pluridisciplinaire sur un discours dominant*, Zurich/Genève 2020, p. 27 (cité : MIAZ/STÜNZI (2020))
- MONNET JEAN-PIERRE, *La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en matière de transferts Dublin*, in : Breitenmoser Stephan/Gless Sabine/Lagodny Otto (édit.), *Schengen et Dublin en pratique*, Zurich 2015, p. 359 (cité : MONNET (2015))
- MOOR PIERRE, *De l'accès au juge et de l'unification des recours*, in : Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 153 (cité : MOOR (2006))
- MOOR PIERRE, *De la place de la prohibition de l'arbitraire dans l'ordre juridique – Réflexions sur le droit et la justice –*, in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schaffhauser René/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen : Festschrift für Yvo Hangartner*, St-Gall/Lachen 1998, p. 605ss (cité : MOOR (1998))

- MOOR PIERRE, *Dynamique du système juridique – Une théorie générale du droit*, Genève/Zurich/Bâle 2010 (cité : MOOR (2010))
- MOOR PIERRE, *Instrumentalisation du droit public, unité de l'ordre juridique et sujet de droit*, in : PJA 2013 p. 765 (cité : MOOR (2013))
- MOOR PIERRE, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005 (cité : MOOR (2005))
- MOOR PIERRE, *Systématique et illustration du principe de la proportionnalité*, in : Grewe Constance/Broussolle Denis/Jouanjan Olivier/Mathieu Bertrand/Verpeau Michel, *Les droits individuels et le juge en Europe : Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg 2001, p. 319ss (cité : MOOR (2001))
- MOOR PIERRE/BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY, *Droit administratif, Volume III : L'organisation des activités administratives. Les bien de l'Etat*, Berne 2018 (cité : MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018))
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif, Volume I : Les fondements*, 3^{ème} éd., Berne 2012 (cité : MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012))
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^{ème} éd., Berne 2011 (cité : MOOR/POLTIER (2011))
- MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^{ème} éd., Bâle 2013 (cité : MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (2013))
- MOSIMANN HANS-JAKOB, *Entscheidungsbegründung : Begründung und Redaktion von Gerichtsurteilen und Verfügungen*, Zurich 2013 (cité : MOSIMANN (2013))
- MÜLLER CEDRIC, *Autonomie der Gemeinden bei der Auslegung ihres kommunales Recht*, in : Jusletter du 21 septembre 2020 (cité : MÜLLER (2020))
- MÜLLER GEORG, *Interessenabwägung im Verwaltungsrecht*, in : ZBl 73/1972, p. 337 (cité : MÜLLER (1972))
- MÜLLER MARKUS, *Droit administratif, Origine et spécificité*, Berne 2006 (cité : MÜLLER (2006))
- MÜLLER MARKUS, *Proportionnalité, Le Rubik's Cube du droit*, Berne 2016 (cité : MÜLLER (2016))
- MÜLLER MARKUS, *Verhältnismässigkeit Ein Verfassungsprinzip zwischen Rechtsregel und Metaregel*, in : Uhlmann Felix (édit.), *Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung - 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre*, Zurich/St-Gall/Baden-Baden 2019 (cite : MÜLLER (2019))

- MÜNCH PETER, *Bundesgerichtliche Leitentscheide, analysieren, einordnen und hinterfragen*, Zurich/Bâle/Genève 2017 (cité : MÜNCH (2017))
- NACHEV DILYAN, *Judicial Activism and the Democratic Legitimacy of Courts*, in : Belov Martin (édit.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Hollande 2019, p. 139 (cité : NACHEV (2019))
- NGUYEN MINH SON, *Droit public des étrangers, Présence, activité économique et statut politique*, Berne 2003 (cité : NGUYEN (2003))
- NGUYEN MINH SON, *La procédure d'approbation dans tous ses états*, in : Etemi Semsija/Nguyen Minh Son (édit.), *Actualité du droit des étrangers – Volume II du 1er juillet au 31 décembre 2015*, Neuchâtel/Berne 2016, p. 43 (cité : NGUYEN (2015))
- NGUYEN MINH SON, *Migrations et relations familiales : de la norme à la jurisprudence et vice versa*, in : Amarelle Cesla/Christen Nathalie/Nguyen Minh Son, *Migrations et regroupement familial*, Berne 2012 (cité : NGUYEN (2012))
- NGUYEN MINH SON/AMARELLE CESLA (édit.), *Code annoté de droit des migrations, Volume II : Loi sur les étrangers (LEtr)*, Berne 2017 (cité : AUTEUR, in : Nguyen/Amarelle (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II : LEtr, art. x LEtr, N y)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (édit.), *Basler Kommentar – Bundesgerichtsgesetz*, 3^{ème} éd., Bâle 2018 (cité : BSK BGG-AUTEUR, Art. x N y)
- NUSSBERGER ANGELIKA, *The European Court of Human Rights*, Oxford 2020 (cité : NUSSBERGER (2020))
- OSAR (édit.), *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, 2^{ème} éd., Berne 2016 (cité : AUTEUR, Titre chapitre, in : OSAR, *Manuel*, p. x)
- PARINI LORENA, *La politique d'asile en Suisse, Une perspective systémique*, Paris/Montreal 1997 (cité : PARINI (1997))
- PATRY ROBERT, *La retenue de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral suisse dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle*, in : Mahoney Paul (édit.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 2000, p. 1071s (cité : PATRY (2000))
- PAYCHÈRE FRANÇOIS, *Pouvoir d'examen et pouvoir de décision du tribunal administratif*, in : RDAF 2000 I 536 (cité : PAYCHÈRE (2000))
- PICHONNAZ PASCAL, *La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexion*, in : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2013/1, Vol. 70, p. 130 (cité : PICHONNAZ (2013))

- PIGUET ETIENNE, *Asile et réfugiés – Repenser la protection*, Lausanne 2019 (cité : PIGUET (2019))
- PIGUET ETIENNE, *L’immigration en Suisse – soixante ans d’entrouverture*, Lausanne 2017 (cité : PIGUET (2017))
- PROBST JOHANNA ET AL., *Marges de manœuvre cantonales en mutation, Politique migratoire en Suisse*, étude du SFM, octobre 2019 (cité : PROBST ET AL. (2019))
- RAMELET ADRIEN, *Le devoir de motivation du juge en matière d’appréciation des moyens de preuve*, in : SJ 2020 II p. 1 (cité : RAMELET (2020))
- RASELLI NICCOLÒ, *Die Einbürgerung zwischen Politik und Justiz – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in : ZBl 112/2011 p. 577 (cité : RASELLI (2011))
- RENUCCI JEAN-FRANÇOIS, *Droit européen des droits de l’homme – Droits et libertés fondamentales garantis par la CEDH*, 9^{ème} éd., Paris 2021 (cité : RENUCCI (2021))
- RHINOW RENÉ, *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht : eine Einladung zum Nach und Umdenken*, in : Rhinow René, *Recht im politischen Prozess, Beiträge zu Institutionen und Reformen im demokratischen Verfassungsstaat*, Bâle 2017, p. 75ss (cité : RHINOW (2017)) (publié pour la première fois en 1983)
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, *Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 4^{ème} éd., Bâle 2021 (cité : RHINOW ET AL. (2021))
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^{ème} éd., Bâle 2016 (cité : RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016))
- RÜEFLI ANNA, *Spezialisierung an Gerichten*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/2 (cité : RÜEFLI (2013))
- SCHEDLER KUNO/EICHER ANGELA, *Rapports entre l’administration et la politique*, Ladner Andreas et al. (édit.), *Manuel d’administration publique*, Lausanne 2013, p. 7 (cité : SCHEDLER/EICHER (2013))
- SCHEUNER ULRICH, *Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte*, in : *Verwaltungsarchiv – Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Berlin 1928, p. 68 (cité : SCHEUNER (1928))
- SCHINDLER BENJAMIN, *Beschwerdegründe, Kognition und Prüfungsdichte*, in : Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (édit.), *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 47 (cité : SCHINDLER (2013))

- SCHINDLER BENJAMIN, *Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen*, in : ZBl 113/2012 p. 565 (cité : SCHINDLER (2012))
- SCHINDLER BENJAMIN, *Die Gemeindeautonomie als Hindernis für einen wirksamen Rechtsschutz – Ästhetikvirsschriften als Reservate kommunaler Willkür?*, in : Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (édit.), Festschrift für Tobias Jaag – Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 145ss (cité : SCHINDLER (2012a))
- SCHINDLER BENJAMIN, *Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/St-Gall 2010 (cité : SCHINDLER (2010))
- SCHINDLER BENJAMIN, *Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung*, in : ZBl 114/2013, p. 359 (cité : SCHINDLER (2013a))
- SCHLEGEL STEFAN, *Migrationsrecht : Erstarkendes Recht auf Privatleben*, in : Plädoyer 3/2020, p. 38 (cité : SCHLEGEL (2020))
- SCHOCH CLAUDIA, *Methode und Kriterien der Konkretisierung offener Normen durch die Verwaltung*, Zurich 1984 (cité : SCHOCH (1984))
- SCHWARZENBACH HANS RUDOLF, *Tafeln zum allgemeinen Verwaltungsrecht*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2005 (cité : SCHWARZENBACH (2005))
- SEGESSENMANN THOMAS, *Wegfall der Angemessenheitskontrolle im Asylbereich (Art. 106 Abs. 1 lit. c AsylG)*, in : Asyl 2/13, p. 11 (cité : SEGESSENMANN (2013))
- SPESCHA MARC, *Anspruch auf Nachzug des Ehegatten bei gefestigter Aufenthaltsbewilligung*, in : dRSK, publié le 29 septembre 2020 (cité : SPESCHA (2020))
- SPESCHA MARC/BOZLI PETER/DE WECK FANNY/PRIULI VALERIO, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 4^{ème} éd., Zurich 2020 (cité : SPESCHA ET AL. (2020))
- SPESCHA MARC/ZÜND ANDREAS/BOLZLI PETER/HRUSCHKA CONSTANTIN/DE WECK FANNY (édit.), *Migrationsrecht Kommentar, Schweizerisches Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen*, Zurich 2019 (cité : AUTOR/-IN, in : Spescha Marc et al. (édit.), *Migrationsrecht Kommentar*, Art. x AIG, N y)
- STEFFEN GABRIELLE, *Soins essentiels, Un droit fondamental qui transcende les frontières ?*, Bâle 2018 (cité : STEFFEN (2018))
- STEINER RETO/KAISER CLAIRE, *Administration communale*, in : Ladner Andreas et al. (édit.), *Manuel d'administration publique*, Lausanne 2013, p. 143 (cité : RETO/KAISER (2013))
- SUDRE FRÉDÉRIC, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^{ème} éd., Paris 201 (cité : SUDRE (2019))

- SZYMCZAK DAVID, *Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses Etats*, in : Sudre Frédéric (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2015 (cité : SZYMCZAK (2015))
- TANQUEREL THIERRY, *De l'opportunité de l'opportunité*, in : Auer Andreas/Delley Jean-Daniel/Hottelier Michel/Malinverni Giorgio (édit.), *Aux confins du droit : essais en l'honneur du professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 447 (cité : TANQUEREL (2001))
- TANQUEREL THIERRY, *L'extension des voies de recours en matière administrative : des grands principes à la pratique concrète*, in : *LeGes* 2007/2, p. 203 (cité : TANQUEREL (2007))
- TANQUEREL THIERRY, *Le contrôle de l'opportunité*, in : Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), *Le contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2013 (cité : TANQUEREL (2013))
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2018 (cité : TANQUEREL (2018))
- TANQUEREL THIERRY/VARONE FRÉDÉRIC/BOLKENSTEYN ARUN/BYLAND KARIN, *Le contentieux administratif judiciaire en Suisse : une analyse empirique*, Zurich 2011 (cité : TANQUEREL/VARONE/BOLKENSTEIN/BYLAND (2011))
- TEZNER FRIEDRICH, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Vienne 1924 (cité : TEZNER (1924))
- TORNAY SCHALLER BÉNÉDICTE, *La démocratie directe saisie par le juge : l'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, Genève 2008 (cité : TORNAY SCHALLER (2008))
- TRAN DOMINIQUE, *Les critères d'intégration sous l'angle de la LN et de la LEI*, in : Pérez Perucchi Hugo/Bossard Aliénor (édit.) sous la direction de Minh Son Nguyen, *Actualité du droit des étrangers – du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2020*, Berne/Neuchâtel 2021, p. 1 (cité : TRAN (2021))
- TSCHANNEN PIERRE, *La pesée des intérêts en matière de projets à incidence spatiale*, in : *DEP* 2019 p. 303 (cité : TSCHANNEN (2019))
- TSCHANNEN PIERRE, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Berne 2008 (cité : TSCHANNEN (2008))
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^{ème} éd., Berne 2014 (cité : TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014))
- TSCHÜMPERLIN PAUL, *Die Publikation gerichtlicher Entscheide*, in : Kettiger Daniel/Sägesser Thomas (édit.), *Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes*, Berne 2011, p. 69 (cité : TSCHÜMPERLIN (2011))

- UEBERSAX PETER, *Bundesgericht : welchen Einfluss auf die Migrationspolitik ?*, in : Terra Cognita n°32 – La gestion des migrations en point de mire, printemps 2018, p. 26 (cité : UEBERSAX (2018))
- UEBERSAX PETER, *Einreise und Anwesenheit*, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (édit.), *Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerrinnen und Ausländern in der Schweiz – Von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 2^{ème} éd., Bâle 2009 (cité : UEBERSAX (2009))
- UEBERSAX PETER, *Gerichte des Bundes*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich 2020, p. 1757 (UEBERSAX (2021))
- UEBERSAX PETER, *Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der Botschaft des Bundesrates vom März 2018*, in : Jusletter 9. Juli 2018 (cité : UEBERSAX (2018a))
- UEBERSAX PETER/PETRY ROSWITHA/HRUSCHKA CONSTANTIN/FREI NULA/ERRASS CHRISTOPH, *Migrationsrecht in a Nutshell*, Zurich/St-Gall 2021 (cité : UEBERSAX ET AL. (2021))
- UEBERSAX PETER/PETRY ROSWYTHA, *Le Tribunal fédéral et la loi sur la nationalité, avec un tour d'horizon du nouveau droit*, in : Sauthier Gaëlle/Nguyen Minh Son (édit.), *Actualité du droit des étrangers – Volume I du 1er janvier au 30 juin 2016*, Berne/Neuchâtel 2016, p. 29 (cité : UEBERSAX/PETRY (2016))
- UHLMANN FELIX/BUKOVAC JASMINA, *Das Verhältnismässigkeit aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre*, in : Uhlmann Felix (édit.), *Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung - 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre*, Zurich/St-Gall/Baden-Baden 2019 (UHLMANN/BUKOVAC (2019))
- UHLMANN FELIX/SCHEIFELE EVA, *Les tribunaux sont-ils des roseaux? Quelques réflexions sur la relation entre le législateur et les tribunaux dans la procédure administrative*, in : Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre (édit.), *Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel – Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique*, Zurich 2019 (UHLMANN/SCHEIFELE (2019))
- ULFSTEIN GEIR, *Individual complaints*, in : Keller/Ulfstein (édit.), *UN Human Rights Treaty Bodies – Law and Legitimacy*, Cambridge (UK) 2012 (cité : ULFSTEIN (2012))
- VARONE FRÉDÉRIC/BYLAND KARIN/TANQUEREL THIERRY/BOLKENSTEYN ARUN, *Succès des recours au Tribunal fédéral : analyse du contentieux*

- administratif de 1990 à 2008*, in : LeGes 2011/1, p. 55ss (cité : VARONE/BYLAND/TANQUEREL/BOLKENSTEYN (2011))
- VILLIGER MARK, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, Baden-Baden/Zurich 2020 (cité : VILLIGER (2020))
- VON LAUN RUDOLF, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien 1910 (cité : VON LAUN (1910))
- VON RÜTTE BARBARA/SCHLEGEL STEFAN, *Auf dem falschen Fuss entlastet – Die Auswirkungen der geplanten BGG-Revision auf das Migrationsrecht*, in : Jusletter du 14 mars 2016 (cité : VON RÜTTE/SCHLEGEL (2016))
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : BSK BV – AUTEUR, Art. x N y)
- WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (édit.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^{ème} éd., Zurich 2016 (cité : AUTEUR, in : Praxiskommentar VwVG, art. x, N y)
- WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : WALDMANN/ WIEDERKEHR (2019))
- WEBLEY LISA, *Qualitative approaches to Empirical Legal Research*, in : Cane Peter/Kritzer Herbert (édit.), *The Oxford handbook of empirical legal research*, Oxford 2012 (cité : WEBLEY (2012))
- WIEDERKEHR RENÉ, *Öffentliches Verfahrensrecht*, Berne 2016 (cité : WIEDERKEHR (2016))
- WIEDERKEHR RENÉ/PLÜSS KASPAR, *Praxis des öffentlichen Verfahrensrecht, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Berne 2020 (cité : WIEDERKEHR/PLÜSS (2020))
- WOLFF HANS J./BACHOF OTTO/STOBER ROLF, *Verwaltungsrecht I*, 10^{ème} éd., Munich 1994 (cité : WOLFF/BACHOF/STOBER (1994))
- WOLFFERS OSKAR, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und behördliches Ermessen*, in : Schweizerisches Zentralblattes für Staats- und Gemeindeverwaltung, n°58 (1957), p. 361ss et 385ss (cité : WOLFFERS (1957))
- WULLSCHLEGER STEPHAN, *Le rôle des tribunaux administratifs dans la pesée des intérêts en droit de l'environnement*, in : DEP 2019 p. 715 (cité : WULLSCHLEGER (2019))
- YILDIZ EZGI, *A court with many faces : Judicial Characters and Modes of Norm development in the european Court of Human Rights*, in : EJIL Vol. 31 (2020) n°1, p. 73ss (cité : YILDIZ (2020))

ZEITER LIONEL, *La distinction du fait et du droit dans les recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral*, Lausanne 2005 (cité : ZEITER (2005))

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, *Droit administratif – Partie générale et éléments de procédure*, 2^{ème} éd., Bâle/Neuchâtel 2013 (cité : ZEN-RUFFINEN (2013))

ZORN PHILIP, *Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in : *Verwaltungsarchiv – Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Berlin 1894, p. 74 (cité : ZORN (1894))

Directives et commentaires du SEM

SEM, *I. Domaine des étrangers (Directives LEI)*, version remaniée et unifiée, Berne 1^{er} janvier 2021 (cité : Directives LEI)

SEM, *II. Accord sur la libre circulation des personnes (Directives OLCP. Directives et commentaires concernant l'ordonnance sur la libre circulation des personnes)*, Berne janvier 2021 (cité : Directives OLCP)

SEM, *V. Nationalité, Manuel Nationalité pour les demandes dès le 1.1.2018*, Berne 1^{er} janvier 2020

SEM, *Manuel asile et retour*, Berne 1^{er} mars 2019

Introduction générale

I. L'objet de la recherche

La marge de manœuvre est considérée, dès l'apparition de cette problématique dans l'Etat moderne, comme une « *questio diabolica* » du droit administratif¹. Encore aujourd'hui la délimitation entre les questions de droit et d'appréciation, ainsi que l'étendue du contrôle sur ces dernières continue à faire couler beaucoup d'encre. 1

Afin de mieux cerner cette problématique, nous proposons, dans ce travail de recherche, une étude en trois parties : 2

- la première retrace l'évolution du sujet dans le temps, puis ses fondements théoriques ;
- la deuxième examine la marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel en droit public. Elle pose d'abord le cadre de la prise de décision, puis de la marge de manœuvre de l'autorité de première instance et celle des autorités de recours et enfin de l'étendue de l'exercice du pouvoir d'examen ;
- la troisième constitue une application de la thématique de la marge de manœuvre en droit des personnes étrangères, basée sur les deux premières parties.

Les deux premières parties sont essentiellement descriptives. Elles exposent l'état actuel du droit en lien avec notre thématique et définissent le contexte dans lequel celle-ci se situe. La troisième partie a une visée différente. Elle est construite sur la base des données tirées de la jurisprudence des cours fédérales ainsi que, dans une certaine mesure, celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH). Le but est d'en faire une analyse systématique qui réponde à nos questions de recherche. L'approche de cette dernière partie est également descriptive. Cependant, à travers une démarche inductive basée sur la jurisprudence, elle nous permet d'approfondir la question de savoir 3

¹ BERTOSSA (1984) ; EGGENSCHWILLER (1962) ; VON LAUN (1910), p. 10 ; WOLFF/BACHOF/STOBER (1994), § 31 N 3 ; ZORN (1894), p. 82.

comment les autorités exercent effectivement leur marge de manœuvre dans un domaine particulier du droit (chap. 3).

- 4 Les détails de l'approche suivie dans la troisième partie sont traités de manière spécifique dans son premier chapitre (point II.). Nous expliquons en particulier pourquoi nous avons choisi d'étudier le droit des personnes étrangères et quelles sont les données analysées.
- 5 La jurisprudence pertinente a été prise en compte de manière systématique jusqu'au 10 février 2022.

II. Les questions de recherche

- 6 Un aspect central de la problématique de la marge de manœuvre depuis son apparition dans l'Etat moderne est celui de la délimitation des questions de droit et d'appréciation (N 1)². Sur cette base, il s'agit ensuite de déterminer l'étendue du contrôle des instances de recours (leur pouvoir d'examen) lorsque l'autorité administrative qui a rendu la décision est au bénéfice d'une marge de manœuvre.
- 7 À cet égard, les *lois de procédure posent un cadre* au pouvoir d'examen, en précisant quels sont les griefs invocables devant quelles instances. Cependant, à notre sens, elles ne reflètent pas de manière suffisamment précise la réalité juridique de l'exercice du pouvoir d'examen.
- 8 C'est pourquoi, nous avons voulu examiner, en détail, comment les autorités de recours font usage de leur pouvoir d'examen *en pratique*. Cette question en soulève d'autres :
 - le pouvoir d'examen est-il utilisé plutôt avec retenue ou plutôt de manière extensive ?
 - dans quelles situations les autorités peuvent-elles faire usage de leur pouvoir d'examen avec retenue ?
 - cette retenue est-elle admissible et compatibles avec le cadre fixé par l'ordre juridique ?
 - cette retenue nécessite-t-elle la mise en place de certains correctifs ?
- 9 L'intérêt de ces questions est multiple. Sur le plan *théorique*, elles trouvent leurs fondements dans des principes fondamentaux tels que la séparation des pouvoirs ou remontent à la définition des fonctions des différentes autorités.

² À cet égard, voir la 1^{ère} partie, chap. 1 sur l'évolution de la conception de la marge de manœuvre.

Ces questions ont également une composante plus *pratique*, car elles ne se laissent pas résoudre dans l'abstrait : il faut procéder à un examen de la jurisprudence pour y répondre. En effet, ce n'est que par un examen systématique de cette dernière que l'on peut savoir exactement comment l'autorité de recours fait usage de son pouvoir d'examen dans un domaine donné. 10

Enfin, ces questions liées à l'étendue du pouvoir d'examen ont été beaucoup thématiques en lien avec les droits humains et en particulier *avec le pouvoir d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)*. Dès lors, il est intéressant d'y faire écho dans l'analyse de la jurisprudence des instances nationales et de voir si les justifications sont semblables. 11

III. La délimitation du sujet

La thématique de la marge de manœuvre est très large et comporte divers aspects ne nous permettant pas, dans le cadre de cette thèse, un traitement exhaustif. Nous avons ainsi procédé aux choix suivants. 12

Premièrement, nous nous concentrons sur la marge de manœuvre des autorités *dans le processus décisionnel*. Cela nous permet d'aborder les problématiques et les interactions entre les autorités, de la décision de première instance à celle de la dernière instance de recours. Nous nous concentrons, en particulier, sur les aspects en lien direct avec la décision, puis des décisions sur recours. Si, lorsque nous abordons la marge de manœuvre des autorités administratives, nous mentionnons certains aspects liés à la gestion de l'administration ou à la politique, nous le faisons en lien avec un acte concret (au niveau micro) à l'exclusion des aspects plus généraux (au niveau macro). 13

A contrario, cette délimitation implique que nous n'abordons pas les aspects touchant à la marge de manœuvre des autorités dans le *processus normatif*, que ce soit dans l'élaboration des lois par le législateur ou des ordonnances par le pouvoir exécutif. 14

Deuxièmement, nous approfondissons davantage les *aspects liés au contrôle judiciaire*, à savoir l'étendue du contrôle des instances de recours sur les décisions pour lesquelles l'administration est au bénéfice d'une marge de manœuvre. D'une part, cela nous permet de répondre à nos questions de recherche. D'autre part, ce choix est également dicté par le fait qu'il est difficile d'avoir accès aux décisions des autorités administratives et qu'un examen approfondi de ces dernières est pratiquement impossible, au vu du très grand nombre de décisions rendues chaque année. 15

- 16 Troisièmement, nous nous concentrons en particulier sur *la procédure et les décisions fédérales*. La procédure en droit administratif étant aussi réglée par les cantons, il aurait été trop fastidieux – et disproportionné par rapport à l’apport pour notre thématique – de se pencher en détail sur les 26 lois cantonales et leur application par les autorités. Cependant, il nous arrive de citer des normes ou jurisprudences cantonales quand un équivalent ne se retrouve pas en droit fédéral.
- 17 En outre, nous reconnaissons que les *instances de recours cantonales* rendent aussi des décisions pertinentes en lien avec l’analyse de la marge de manœuvre. À cet égard, nous considérons que les problématiques, en particulier la retenue, se posent en des termes similaires auprès des instances de recours cantonales et fédérales. Les conclusions tirées de l’analyse de la jurisprudence fédérale peuvent donc s’appliquer par analogie et dans une large mesure pour le pouvoir d’examen des instances cantonales.
- 18 Finalement, pour notre troisième partie, nous avons choisi le *droit des personnes étrangères* comme *cas d’application* de la problématique de la marge de manœuvre. Ce domaine nous paraît intéressant à plusieurs égards.
- 19 D’abord, il offre la possibilité d’examiner un *nombre varié d’instances*. Les autorités communales en droit de la nationalité, les autorités administratives et judiciaires cantonales et fédérales ainsi que, dans certains cas, les instances internationales.
- 20 Ensuite, les différents régimes du droit des personnes étrangères contiennent de nombreuses dispositions potestatives ainsi que des notions juridiques indéterminées, ce qui laisse *une marge de manœuvre considérable* aux autorités d’application pour mettre en œuvre la politique migratoire de la Suisse.
- 21 Enfin, le droit des personnes étrangères met en jeu des *biens juridiques importants*. En effet, ils touchent aux droits fondamentaux des personnes concernées, comme la possibilité d’obtenir un droit de présence pour un requérant d’asile ou celle de réunification pour une famille, par le biais d’une demande de regroupement familial³.

IV. Les mots clés pertinents pour ce travail

- 22 Nous avons établi, sous forme de tableau, une liste de mots clés qui reprennent les notions principales se présentant dans les trois parties de ce travail. Cette

³ Cf. PIGUET (2017), p. 129.

liste est faite – dans la mesure du possible⁴ – dans les trois langues officielles de la Confédération suisse (français, allemand, italien ; art. 70 al. 1 de la Constitution fédérale [Cst.]⁵). La traduction entre les trois langues nationales a été faite sur la base du thesaurus « Jurivoc » du Tribunal fédéral⁶ ainsi qu’à l’outil TERMDAT de la Chancellerie fédérale⁷.

Nous avons décidé de placer cette liste dans l’introduction générale afin qu’elle puisse servir « d’aide-mémoire » auquel il est possible de se référer tout au long de ce travail. 23

Elle contient d’abord les mots utilisés de manière générale, à savoir s’étendant hors du monde (technique) juridique ; ensuite les mots clés relatifs au pouvoir d’appréciation de l’autorité de première instance ; puis les mots clés relatifs au pouvoir d’examen des autorités de recours et enfin les mots clés plus spécifiques, en lien direct avec nos questions de recherche⁸. 24

Tableau des mots clés relatifs à la marge de manœuvre en français, allemand et italien

	Français	Allemand	Italien
1.	Marge de manœuvre	Spielraum - Handlungs- - Gestaltungs- - Anordnungs-	Margine di manovra
2.	- Pouvoir discrétionnaire, libre appréciation - dans les limites de son pouvoir d’appréciation	- freie Ermessen - nach pflichtgemäss Ermessen	- apprezzamento discrezionale/libero - i limiti del suo potere d’apprrezzamento
3.	Pouvoir d’appréciation (pa)	Ermessensspielraum	Potere d’apprrezzamento (pa)
		- Auswahlermessen - Entschliessungsermessen	

⁴ Au vu des spécificités de chaque langue, il peut s’avérer difficile de trouver les termes équivalents. Il est en particulier difficile de traduire certains termes allemands qui, de par la composition de plusieurs mots, sont plus précis. Dans cette thèse, il nous arrive donc parfois d’utiliser directement les termes allemands.

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

⁶ « <https://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-jurivoc-home.htm> ».

⁷ « <https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home/documentation/langues/termdat.html> ».

⁸ Afin de permettre de distinguer les différentes catégories, une couleur différente a été utilisée pour chacune.

4.	Liberté d'appréciation	(freie) Ermessen	Libertà d'apprezzamento
	- Opportunité - Dispositions potestatives	- Angemessenheit/Zweckmäßigkeit - Kann-Vorschrift	- Adeguatezza - ?
5.	Latitude de jugement	Beurteilungsspielraum	Latitudine di giudizio
	Notion juridique indéterminée	Unbestimmte Rechtsbegriff	Disposizione potestativa
6.	Proportionnalité	Verhältnismässigkeit	Proporzionalità
	- Pesée des intérêts	- Interessenabwägung	- Ponderazione degli interessi
7.	Pouvoir d'examen	Überprüfungsbefugnis	Potere d'esame
8.	Cognition (pouvoir de)	Kognition	Potere cognitivo
9.	Erreur d'appréciation	Ermessenfehler	Errore d'apprezzamento
	- Excès positif du pa - Excès négatif du pa - Abus du pa	- Ermessensüberschreitung - Ermessensunterschreitung - Ermessensmissbrauch	- Eccesso positivo del pa - Eccesso negativo del pa - Abuso del pa
15.	Arbitraire	Willkür	Arbitrio
16.	Retenue	Zurückhaltung	Ritegno
	Limitation	Beschränkung	Limitazione
17.	Densité de l'examen (étendue)	Prüfungsdichte/Kontrolldichte	?
	- Pouvoir d'examen libre - Pouvoir d'examen limité	- volle Überprüfungsbefugnis - beschränkte Überprüfungsbefugnis	Potere cognitivo libero / piena cognizione - Potere cognitivo limitato
18.	« pas sans nécessité »	« Ohne-Not (-Praxis) »	

Première Partie :

Les fondements de la marge de
manœuvre

Chapitre 1 : Les fondements historiques de la marge de manœuvre

Ce chapitre retrace l'évolution de la conception de la marge de manœuvre dans notre ordre juridique. Nous commençons par souligner l'importance de replacer cette thématique dans son contexte historique (point I.). Ensuite, nous traitons de l'évolution de la conception de la marge de manœuvre (point II.). Puis, nous approfondissons la place de la marge de manœuvre des autorités dans le cadre particulier du développement de la juridiction administrative en Suisse (point III.). Enfin, nous formulons une conclusion intermédiaire (point IV.).

I. Le contexte historique et son importance

L'histoire du droit administratif ne peut être considérée de manière isolée comme la seule histoire d'une branche juridique. Au contraire, la conception de cette dernière est intimement *liée à la société et a évolué avec elle* et ses institutions, à savoir les autorités et la juridiction administratives⁹. Il en va de même de la marge de manœuvre. C'est pourquoi nous retraçons ici les premières mentions de celle-ci en Autriche, puis dans en Allemagne pour finalement traiter de sa reprise en Suisse en lien avec l'évolution des institutions administratives. Si d'en retracer les influences étrangères ne peut être considéré comme une fin en soi, cela permet néanmoins de mieux comprendre la matière et ses institutions¹⁰.

Cette approche a également été développée par ALFRED KÖLZ sous la dénomination « *méthode critique historique* ». L'auteur la décrit de la manière suivante : cette méthode, « quand elle s'applique à des institutions juridiques précises, peut aussi contribuer, à l'avenir à identifier les parties de notre droit administratif qui ont vieilli et qui sont dépassées et à le rajeunir. Il n'apparaît en effet que trop souvent que des problèmes pratiques non résolus soient dus,

⁹ MÜLLER (2006), p. 26-27.

¹⁰ Dans ce sens, MÜLLER (2006), p. 108.

en dernier ressort, à des blocages « dogmatiques » qui le plus souvent, s'expliquent par l'histoire »¹¹.

- 28 Cette méthode nous intéresse particulièrement puisque la conception de la marge de manœuvre des autorités trouve ses *racines dans l'apparition de l'administration moderne*, à savoir dans la conception développée après l'avènement du principe de la séparation des pouvoirs et de l'émergence du principe de la légalité. A l'époque, la libre appréciation n'était pas considérée comme une notion juridique, mais impliquait des décisions discrétionnaires de la part des autorités¹². Par exemple, l'administration de l'ancienne monarchie française était essentiellement discrétionnaire puisque son activité n'était réglée par aucune règle juridique. Il a fallu attendre la Révolution française pour qu'il y ait un changement fondamental de paradigme¹³.
- 29 La conception de la marge de manœuvre *a évolué avec celle de l'administration et de la juridiction administrative*. En effet, l'étendue des pouvoirs accordée à chacune d'elles a varié au fil du temps. Dès lors, la mise en place de l'administration et du droit administratif est le fruit d'un long processus qu'il est utile de replacer dans son contexte historique pour en saisir les enjeux, mais également pour avoir une meilleure compréhension des différences conceptuelles et des controverses doctrinales qui traversent la matière aujourd'hui.
- 30 Enfin, précisons encore que les prochains chapitres abordent l'histoire du droit administratif et de la marge de manœuvre de manière générale. Les développements historiques utiles pour le droit des personnes étrangères ou d'autres notions spécifiques en lien avec la marge de manœuvre seront traités dans les parties qui leurs sont propres (deuxième et troisième parties).

II. L'évolution de la conception de la marge de manœuvre

- 31 Nous commençons par une délimitation de la matière (point A.). Puis, nous retraçons les premières mentions de la marge de manœuvre en droit autrichien (point B.) et traitons de sa reprise en droit allemand (point C.). Ensuite, nous examinons les développements ultérieurs de la marge de manœuvre en droit suisse (point D.). Enfin, nous formulons une synthèse intermédiaire (point E.).

¹¹ KÖLZ (2013), p. 801.

¹² ELSNER (2011), p. 30.

¹³ H. BERTHELEMY (1903), Préface du livre de OTTO MAYER, Droit administratif allemand, Paris 1903.

A. La délimitation de la matière

La délimitation des frontières entre les questions de droit et d'appréciation est considérée depuis toujours comme une « *questio diabolica* » en droit administratif¹⁴. C'est pourquoi, dans les prochains paragraphes, nous allons retracer l'émergence de la notion de (libre) appréciation. Le but est de comprendre comment cette notion est apparue et quelle est l'étendue du contrôle des juridictions administratives. En effet, la question de délimitation entre les questions juridiques et de libre appréciation a comme enjeu important de définir, par ricochet, l'étendue de l'examen de la juridiction administrative qui ne revoit normalement pas les questions de libre appréciation. En toile de fond, cela règle également les rapports entre l'administration et la justice administrative ainsi que l'indépendance de cette dernière face à la première¹⁵. 32

Cette problématique a fait couler beaucoup d'encre notamment chez les juristes autrichiens, allemands et suisses. Si, de manière générale, le droit administratif allemand est empreint des influences françaises¹⁶, c'est la *création de la Cour autrichienne* qui a déclenché la problématique relative à la marge de manœuvre des autorités (« *Ermessen* »). Dès lors, ce sont d'abord les juristes autrichiens qui s'en sont saisis, suivis des allemands avant que leurs thèses ne soient reprises en droit suisse¹⁷. 33

Pour chaque conception de la libre appréciation, nous indiquerons l'auteur qui l'a forgée. Nous verrons qu'il y a presque autant de conceptions que d'auteurs, ce qui nous permet de souligner la subjectivité de chacune de ces thèses. 34

B. Les premières mentions dans le droit et la doctrine autrichiens

Dès 1876, l'Autriche dispose d'une *Cour administrative* dont la création a été prévue par la loi autrichienne sur le pouvoir judiciaire du 21 décembre 1867¹⁸. Composée de juges indépendants, elle peut revoir la légalité de toutes les décisions définitives de l'administration¹⁹. S'il a fallu plusieurs années pour que cette Cour entre en fonction, c'est à cause des divergences sur l'étendue de ses compétences. En effet, il y a un débat entre une clause énumérative de 35

¹⁴ BERTOSSA (1984); EGGENSCHWILLER (1962); VON LAUN (1910), p. 10; WOLFF/BACHOF/STOBER (1994), § 31 N 3; ZORN (1894), p. 82.

¹⁵ ELSNER (2011), p. 31; ZORN (1894), p. 83-84.

¹⁶ FROMONT (2006), p. 35; KÖLZ (2013), p. 787 et 792; MÜLLER (2006), p. 52-54.

¹⁷ EHMKE (1960), p. 12; SCHINDLER (2010), N 12.

¹⁸ Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die richterliche Gewalt.

¹⁹ FROMONT (2006), p. 39.

compétences (« *Enumeration* ») et une clause qui donne une compétence générale en matière administrative (« *Generalklausel* »). C'est finalement la clause générale qui est retenue (cf. §2 de la loi autrichienne du 22 octobre 1875 concernant la création de la Cour administrative²⁰), complétée par un catalogue d'exceptions à son §3. L'apparition du débat sur la libre appréciation ainsi que les rôles respectifs de l'administration et de la juridiction administrative peut donc être replacé parallèlement à la création de cette juridiction administrative²¹.

- 36 C'est le juriste KARL FREIHERR LEMAYER qui a rédigé le projet de la loi autrichienne sur la Cour administrative. Pour ce dernier, si l'intention du législateur était de laisser une libre appréciation à l'administration, alors un contrôle judiciaire ne devait pas être possible. En effet, pour lui, *l'administration et la juridiction administrative n'ont pas les mêmes fonctions, ni les mêmes responsabilités*. Lorsqu'il y a des questions d'appréciation, l'administration est au bénéfice d'une marge de manœuvre donnée par un cadre, à l'intérieur duquel ce n'est pas le droit administratif, mais des considérations de politique administrative, qui entrent en jeu. Tant que l'administration respecte ce cadre, il n'y a pas de place pour un contrôle du juge administratif²².
- 37 EDMUND BERNATZIK, dans son ouvrage intitulé « *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* », soutient que l'appréciation et l'application du droit s'opposent. Cependant, il précise que « *so darf man nicht vergessen, dass man darunter kein rechtlich ungebundenes Wollen, kein « freies », sondern ein rechtlich gebundenes, pflichtgemässiges Ermessen zu verstehen hat* »²³. Dès lors, la libre appréciation et la limitation à la lettre de la loi (« *Rechtsgebundenheit* ») ne sont pas des activités intellectuelles différentes puisque, pour les deux, on applique une norme à un état de fait. La différence réside plutôt dans la marge dont dispose l'autorité pour arriver à la conclusion juridique²⁴.
- 38 C'est pourquoi BERNATZIK développe la notion de pouvoir d'appréciation technique (« *technischem Ermessen* »)²⁵ qu'il utilise lorsque l'autorité chargée de rendre la décision a une partie d'appréciation subjective, bien que basée sur

²⁰ Gesetz vom 22. Oktober 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshof (ci-après : loi autrichienne sur la Cour administrative).

²¹ SCHINDLER (2010), N 13-15 et 24-25.

²² SCHINDLER (2013a), p. 464 ; SCHINDLER (2010), N25-27.

²³ BERNATZIK (1886), p. 41.

²⁴ BERNATZIK (1886), p. 42.

²⁵ Dans ce chapitre historique, nous avons pris le parti de traduire le terme « *Ermessen* » par pouvoir d'appréciation plutôt que par compétences discrétionnaires (à cet égard, voir le chapitre 2 suivant, point I.). Les auteurs emploient ce terme lorsqu'ils traitent de la marge de manœuvre de l'autorité administrative.

des normes techniques (notions indéterminées)²⁶. Dans les autorités judiciaires, rares sont les personnes ayant les connaissances techniques nécessaires pour évaluer la solution retenue, ce qui empêche un contrôle de ces aspects par le juge administratif. L'auteur traite ensuite d'un deuxième cas d'appréciation où l'autorité est guidée par la poursuite de l'intérêt public. Dans ce cas-là, il y a une retenue dans le contrôle, non pas par défaut de connaissances techniques, mais à cause du caractère vague de la norme dont seul l'impératif du droit de la fonction publique guidé par la poursuite de l'intérêt public peut avoir un effet de contrôle²⁷.

Dans son ouvrage « *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden* », FRIEDRICH TEZNER critique d'abord ouvertement la classification du pouvoir d'appréciation technique, soutenue par BERNATZIK. Il considère qu'elle laisse aux autorités administratives une trop grande liberté dans la procédure à mener ainsi que dans l'interprétation de la norme et la motivation de la décision. Selon lui, cela permet aux autorités de rendre des décisions illégales sous le couvert de cette classification, tout en rendant illusoire le fait de charger le juge administratif du contrôle de décisions discrétionnaires que l'autorité administrative n'est pas tenue de motiver. Il faudrait donc plutôt obliger les autorités à justifier toutes leurs décisions (y compris les décisions discrétionnaires) en présentant les faits et en expliquant l'interprétation sur laquelle elles sont fondées²⁸. 39

TEZNER insiste ensuite sur le caractère non scientifique des notions relatives au pouvoir d'appréciation, en disant qu'il s'agit de notions pour lesquelles les avis peuvent diverger sans pour autant qu'objectivement l'un soit plus faux que l'autre. Cela est dû à l'indétermination des mots employés dans ces notions²⁹. Celle-ci est nécessaire dans toute activité administrative, parce qu'il est impensable que toutes les éventualités dans lesquelles l'administration pourra être amenée à agir puissent être prévues à l'avance. Ainsi, des limites juridiques à son étendue doivent être posées dans tout Etat de droit³⁰. Pour TEZNER, cependant, la caractéristique principale de l'appréciation n'est pas dans le caractère indéterminé de la norme mais dans les différentes conséquences juridiques qui en découlent³¹. 40

²⁶ JÖHR (19319), p. 96 ; LENDI (1958), p. 93.

²⁷ BERNATZIK (1886), p. 44 ; SCHINDLER (2010), N 16.

²⁸ TEZNER (1924), p. 15-16.

²⁹ TEZNER (1924), p. 17-18.

³⁰ VON LAUN (1910), p. 13.

³¹ SCHINDLER (2010), N 22.

- 41 TEZNER développe enfin la question de l'étendue du contrôle que peut opérer la juridiction administrative sur les décisions ayant une composante discrétionnaire. Cette question est en partie réglée par le § 3 lit. e de la loi autrichienne sur la Cour administrative qui prévoit que sont exclues de la compétence de la Cour les « *Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind* ». Cette formulation³² indique néanmoins qu'il n'y a pas de pouvoir d'appréciation illimité : il appartient à la Cour administrative d'en poser les limites. Selon TEZNER, ceci est également valable pour les notions relatives au pouvoir d'appréciation dont les limites sont déterminées par leur contenu. Dès lors, toute norme ayant une composante de libre appréciation a un sens et il appartient au juge administratif de déterminer les limites données à cette appréciation par la loi³³. En outre, les faits sur lesquels est basée la décision de libre appréciation doivent être énoncés par l'autorité administrative afin de pouvoir être contrôlés par la Cour administrative (cf. § 6 al. 1 loi autrichienne sur la Cour administrative). Cependant, cela peut s'avérer insuffisant si la relation qu'a faite l'autorité entre l'état de fait et la norme ne peut être retracée³⁴. Dans cette continuité, même si TEZNER admet que le tribunal administratif s'impose une certaine retenue pour revoir les questions d'appréciation, il plaide tout de même pour une extension de la compétence de la juridiction administrative³⁵.
- 42 Chez les auteurs autrichiens, il nous reste encore à mentionner RUDOLF VON LAUN qui a écrit « *Das freie Ermessen und seine Grenzen* ». Cette monographie recense les différentes théories relatives à la libre appréciation non seulement en Autriche mais aussi en Allemagne, en France, en Italie et en Espagne. Il donne des exemples de libre appréciation (nomination d'un fonctionnaire, remise d'un titre) afin de montrer que, dans ces cas, l'administration ne doit pas justifier qu'elle a pris la seule bonne décision possible mais, qu'au contraire, elle a choisi celle qui lui apparaissait la plus appropriée parmi plusieurs décisions possibles. Pour savoir si l'administration est au bénéfice d'une libre appréciation, il faut se baser sur le texte de la norme qui contient soit le terme d'appréciation, soit une formulation potestative (« *kann* », « *darf* », « *ist befugt* »). Cependant, il reconnaît que la loi est souvent peu claire et parfois même trompeuse dans sa formulation et que, dans ce cas, il faut se fier à la nature de l'affaire³⁶.

³² Et en particulier le terme « *insoweit* ».

³³ TEZNER (1924), p. 24-25.

³⁴ TEZNER (1924), p. 25.

³⁵ SCHINDLER (2010), N 23.

³⁶ VON LAUN (1910), p. 260.

VON LAUN développe également les limites intérieures de cette libre appréciation. Selon lui, il n'y a plus d'actes de libre appréciation totale dans l'Etat moderne ; cette liberté était une prérogative du monarque absolu. Il prend comme point de départ le recours pour excès de pouvoir du Conseil d'Etat français qu'il traduit en excès du pouvoir d'appréciation (« *Ermessensüberschreitung* »)³⁷ et le définit de la manière suivante : il y a excès du pouvoir d'appréciation quand l'autorité a fait usage de son pouvoir d'appréciation dans un but que la loi lui interdisait de poursuivre³⁸. 43

À l'intérieur de ce cadre, il procède à une sous-distinction entre les *limites subjectives* et *objectives* de l'appréciation. L'administration dépasse les limites subjectives si elle ne tient pas dûment compte de l'intérêt public, mais se laisse guider par des considérations qui lui sont propres. Dans ce cas de figure, l'utilisation de l'appréciation se confond avec l'arbitraire. L'administration dépasse les limites objectives de son appréciation si elle poursuit des objectifs qui ne lui sont pas autorisés. En effet, cette dernière doit respecter certains principes comme l'égalité de traitement³⁹. 44

Enfin, VON LAUN précise que si les actes de libre appréciation sont exclus du contrôle du juge, il est possible de revoir un acte qui contient une composante d'appréciation si la personne motive son recours sous l'angle de l'excès du pouvoir d'appréciation de la décision dont le contrôle tombe dans le champ de la légalité et peut donc être revu par un tribunal. Au contraire, si elle allègue la seule composante relative à l'inopportunité de la décision, cela tombe dans le champ qui est exclu de la compétence du tribunal⁴⁰. 45

C. La reprise de ces notions en droit allemand

En Allemagne, seuls les *Länder* de Wurtemberg et de la Saxe ont repris sans réserve le modèle de compétences tel que prévu pour la Cour administrative autrichienne. Les autres *Länder* ont opté pour un modèle basé sur une clause énumérative de compétences où les questions de droit et d'appréciation ne sont pas clairement délimitées, même s'il est majoritairement affirmé que les questions de libre appréciation échappent au contrôle des tribunaux⁴¹. La juridiction administrative étant une compétence dévolue aux *Länder*, elle est restée relativement disparate jusque tardivement : leur compétence dans ce domaine 46

³⁷ VON LAUN (1910), p. 263.

³⁸ SCHINDLER (2010), N 29; VON LAUN (1910), p. 264.

³⁹ SCHINDLER (2010), N 29 ; VON LAUN (1910), p. 265.

⁴⁰ VON LAUN (1910), p. 267.

⁴¹ FLEINER (1933), p. 162.

est encore maintenue sous le régime de la Constitution de Weimar de 1919⁴². Au vu de cette situation, la thématisation du pouvoir d'appréciation n'a pas eu – comme en Autriche avec la création de la Cour administrative – un facteur de rattachement unique. Il lui a donc fallu plus de temps pour émerger⁴³.

- 47 En effet, il a fallu attendre l'effondrement du troisième Reich et la réattribution des compétences en matière de justice administrative aux *Länder* pour que ces derniers adoptent majoritairement le modèle de la clause générale de compétences, avec l'exclusion du contrôle des questions d'appréciation. Tel est également le régime retenu, en 1952, dans la loi relative au Tribunal administratif fédéral allemand qui prévoit que les questions d'appréciation ne peuvent être revues que dans la mesure où l'autorité excède ou abuse de son pouvoir d'appréciation⁴⁴. Le dernier pas concernant l'unification de la justice administrative en Allemagne a été franchi avec l'entrée en vigueur le 21 janvier 1960 du Règlement sur les tribunaux administratifs prévoyant une clause générale de compétence avec exclusion des questions d'appréciation⁴⁵.
- 48 Dans son ouvrage sur le droit administratif allemand, au moment de définir la justice administrative et son objet, MAYER discute la question de savoir s'il faut y intégrer également les actes de libre appréciation. Ce à quoi il répond par l'affirmative. En droit administratif, il considère la libre appréciation comme un acte de *disposition* de la part de l'autorité, par opposition à la *décision* qu'il qualifie d'acte administratif à contenu juridiquement lié⁴⁶. Pour autant cette libre appréciation a des limites et ne peut s'apparenter à un exercice arbitraire. Elle est liée par les ordres donnés par l'autorité supérieure ainsi que par l'intérêt public que doit suivre tout acte d'autorité⁴⁷.
- 49 Dans son ouvrage « *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung* », WALTER JELLINEK commence par définir les contours de la libre appréciation. En effet, libre appréciation ne signifie pas une liberté totale par rapport au droit ou à un contrôle juridique. Il distingue la libre appréciation de l'application du droit. La seconde donne des libertés, résidant dans une méthode, une connaissance scientifique ou historique, tandis que la liberté d'appréciation a une composante réellement créatrice⁴⁸. Pour lui, il est important

⁴² Cour administrative fédérale, Histoire de la juridiction administrative, in : <https://www.bverwg.de/fr/rechtsprechung/verwaltungsgerichtsbarkeit/geschichte-der-verwaltungsgerichtsbarkeit> (consulté le 10 avril 2022).

⁴³ SCHINDLER (2010), N 35-36 et 79.

⁴⁴ §15 al. 2 Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23 September 1952.

⁴⁵ SCHINDLER (2010), N 38.

⁴⁶ MAYER (1903), p. 126.

⁴⁷ MAYER (1903), p. 212.

⁴⁸ JELLINEK (1913), p. 188-190.

de distinguer les cas dans lesquels l'ambivalence (« *vom Gesetze gewollte Mehrdeutigkeit* »)⁴⁹ vient de l'état de fait ou est liée aux conséquences juridiques de la norme⁵⁰. Il désigne les notions indéterminées comme étant le siège de cette ambivalence. Cependant, leur contenu et leur signification peuvent évoluer et devenir plus déterminés avec le temps⁵¹. Il plaide d'ailleurs pour un renforcement du cadre contraignant de l'activité de l'administration ainsi que pour la soumission de l'activité de cette dernière à un contrôle judiciaire⁵². Finalement, JELLINEK traite de l'erreur d'appréciation (« *Ermessenfehler* ») – en évitant toutefois l'usage des termes d'excès et d'abus du pouvoir d'appréciation, contrairement à VON LAUN (N 43) – pour qualifier les cas où l'autorité ne s'est pas forgée un avis conforme au cadre légal⁵³.

ULRICH SCHEUNER, dans « *Zur Frage der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte* », tente de définir les limites entre la libre appréciation et la limitation à la lettre de la loi afin de déterminer l'étendue du contrôle des tribunaux⁵⁴. Après un premier tour de la doctrine autrichienne et du recours pour détournement de pouvoir français, SCHEUNER conclut qu'il n'est pas possible de donner une limite fixe au contrôle de la libre appréciation et, qu'au contraire, cette dernière devrait plutôt être considérée comme relative et flexible⁵⁵. 50

Il considère qu'il y a appréciation dans la mesure où les indices montrant une contradiction avec la loi sont si faibles que le tribunal ne peut pas conclure à l'illégalité de la décision ou alors que la loi elle-même interdit cette conclusion. Le fondement juridico-politique de cette retenue est le suivant : l'expertise, connaissance technique ou locale de l'autorité de première instance est présumée plus grande que celle de l'autorité de recours (respectivement du législateur), ce qui a pour conséquence qu'un contrôle (respectivement un règlement anticipé) semble inapproprié⁵⁶. Le juge doit donc contrôler la décision sans pour autant donner son appréciation à la place de celle de l'autorité de première instance. Cependant, tant pour l'administration que pour les juges, chaque application de la loi est un acte d'interprétation et cela est valable également pour les questions de libre appréciation⁵⁷. Au vu de ces considérations, SCHEUNER plaide pour l'introduction d'une clause énumérative de 51

⁴⁹ SCHINDLER (2010), N 45.

⁵⁰ JELLINEK (1913), p. 132.

⁵¹ LENDI (1958), p. 99 ; SCHINDLER (2010), N 45.

⁵² SCHINDLER (2010), N 83.

⁵³ JELLINEK (1913), p. 331s ; SCHINDLER (2010), N 46.

⁵⁴ SCHEUNER (1928), p. 68 et 90.

⁵⁵ LENDI (1958), p. 102 ; SCHEUNER (1928), p. 80-81.

⁵⁶ SCHEUNER (1928), p. 91.

⁵⁷ SCHEUNER (1928), p. 81-82 ; SCHINDLER (2010), N 51-52.

compétence qu'il estime plus efficace qu'une clause générale avec exclusion du contrôle de la libre appréciation⁵⁸.

- 52 Finalement, nous mentionnons encore l'ouvrage de FRITZ FLEINER, « *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts* », qui décrit le droit administratif allemand et le fait connaître en Suisse⁵⁹. Il consacre un chapitre de son livre à la juridiction administrative où il explique que cette dernière a été introduite dans le but de protéger les droits subjectifs des citoyens contre les erreurs et les abus des autorités administratives⁶⁰. Concernant la compétence des tribunaux administratifs, elle s'arrêterait là où commence la libre appréciation des autorités administratives. En effet, le tribunal administratif n'est pas une autorité administrative supérieure mais un organe de protection du droit⁶¹.
- 53 Ainsi, selon FLEINER, le tribunal administratif « est compétent pour examiner si l'autorité administrative s'est conformée aux directions fixées par la loi expressément ou tacitement, d'après lesquelles le pouvoir discrétionnaire doit être exercé pour le règlement de l'espèce. Ici, l'autorité est légalement liée. Ce sont des normes juridiques qui décident si et dans quelle mesure il y avait place pour le pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire si l'autorité administrative avait le droit de procéder discrétionnairement et si elle n'a pas, dans l'exercice de ce pouvoir, excédé les limites qui lui sont tracées [...] »⁶². La question de savoir s'il y a un abus ou un excès de ce « pouvoir discrétionnaire » est donc une question de droit⁶³.
- 54 À ce propos, FLEINER ajoute encore que « la disposition [par opposition à la décision] d'une autorité administrative n'est pas susceptible d'être contrôlée par le tribunal administratif dans la mesure où elle est conditionnée par des considérations, des expériences et des responsabilités que la loi suppose chez les autorités administratives dans la sphère laissée libre et dont elle a pour cette raison attribué la mise en œuvre à ces autorités et à nulles autres ». Il ne peut en aller différemment que si cela est expressément prévu par la loi⁶⁴. La position de FLEINER correspond à l'évolution de la pensée générale en Allemagne allant de la clause énumérative de compétence à la clause générale avec une réserve pour les questions d'appréciation⁶⁵.

⁵⁸ SCHEUNER (1928), p. 92.

⁵⁹ Dictionnaire historique de la Suisse, Fritz Fleiner, <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/015841/2010-12-15/> (consulté le 10 avril 2022).

⁶⁰ FLEINER (1928), p. 256.

⁶¹ FLEINER (1933), p. 162.

⁶² FLEINER (1933), p. 162.

⁶³ FLEINER (1933), p. 162-163 ; FLEINER (1928), p. 258-259.

⁶⁴ FLEINER (1933), p. 163 ; FLEINER (1928), p. 259.

⁶⁵ SCHINDLER (2010), N 40.

D. Les développements ultérieurs en Suisse

Les discussions concernant la libre appréciation des autorités administratives, ainsi que l'étendue du contrôle sur lesdites compétences sont apparues – comparé aux pays voisins – relativement tardivement en Suisse⁶⁶. 55

Un des premiers ouvrages à traiter de cette question est celui d'EDUARD JÖHR, intitulé « *Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens* », publié en 1931. Pour ce dernier, l'administration doit appliquer le droit et il n'y a pas de place, dans l'Etat de droit, pour une libre appréciation totale⁶⁷. Dans son ouvrage, JÖHR s'appuie sur les auteurs autrichiens et allemands et en particulier sur les écrits de SCHEUNER (N 50). Il participe ainsi au transfert de connaissances entre l'Allemagne et la Suisse⁶⁸. 56

En 1958, un autre ouvrage, « *Legalität und Ermessensfreiheit* » de MARTIN LENDI, suit encore la tradition de la doctrine allemande. Dans son livre, il opère une opposition totale entre la légalité et la libre appréciation ; il ajoute qu'elles se contredisent, voire même qu'elles s'excluent⁶⁹. Il procède ensuite à un développement concernant la qualification des notions juridiques indéterminées⁷⁰. Finalement, il qualifie la libre appréciation de « cheval de Troie » de l'Etat de droit, qui ne se justifie que lorsqu'elle permet de garantir l'égalité de traitement de manière plus appropriée que la légalité⁷¹. Cette expression est également utilisée par HUBER⁷² et IMBODEN. Pour ce dernier, lorsqu'on subordonne la libre appréciation à l'Etat de droit, « *jedes Ermessen ist zwangläufig gebundenes Ermessen* »⁷³. 57

En 1983, RENE RHINOW écrit un article intitulé « *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht : eine Einladung zum Nach- und Umdenken* », dans lequel il consacre un développement au pouvoir d'appréciation dans l'état de fait. Il rappelle que pendant longtemps l'appréciation n'était pas seulement considérée pour les conséquences juridiques (« *Rechtsfolge* »), mais aussi dans l'état de fait (« *Tatbestand* »)⁷⁴. Cependant, cela change dans la deuxième partie du XX^{ème} siècle, avec la reprise de la doctrine allemande post-seconde Guerre mondiale, dans laquelle l'appréciation n'est considérée qu'en lien avec les 58

⁶⁶ WOLFFERS (1957), p. 361.

⁶⁷ JÖHR (1931), p. 95 ; SCHINDLER (2010), N 128.

⁶⁸ SCHINDLER (2010), N 129 et 138.

⁶⁹ LENDI (1958), p. 41-42.

⁷⁰ LENDI (1958), p. 87 ss.

⁷¹ LENDI (1958), p. 45 et 135 ; RHINOW (2017), p. 115 ; SCHINDLER (2010), N 130-131.

⁷² HUBER (1953), p. 66.

⁷³ IMBODEN (1954), p. 14-15.

⁷⁴ RHINOW (2017), p. 84.

conséquences juridiques. Or, selon RHINOW, le point central est celui de savoir si le législateur a voulu céder à l'administration une marge de manœuvre et ce qu'elle que soit la technique utilisée⁷⁵. En présence de cette « délégation », l'administration a un droit au respect de ce pouvoir de décision à l'intérieur duquel le juge s'impose une retenue⁷⁶. Dans son approche, chaque pouvoir a un rôle à jouer en lien avec l'appréciation qu'il considère comme une notion clé⁷⁷.

- 59 En 1984, FRANCESCO BERTOSSA rédige également un ouvrage, « *Der Beurteilungsspielraum, Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht* », traitant de cette problématique. Il s'attache tout d'abord à définir ce qu'il faut inclure dans la notion de pouvoir d'appréciation (« *Ermessen* ») et distingue, à cet égard, la liberté d'appréciation et la latitude de jugement⁷⁸. BERTOSSA insiste sur le contenu de la notion d'appréciation, qui « *ist nicht eine Frage, die sich rein empirisch beantworten lässt* »⁷⁹. Après une analyse de la jurisprudence, il conclut que, pour l'administration, la qualification de liberté d'appréciation ou de latitude de jugement est négligeable. En effet, le rôle de cette dernière est de trouver la juste solution au problème et, si plusieurs solutions sont juridiquement possibles, elle doit choisir celle qui est la plus adéquate. Pour les juges également, cette distinction joue un faible rôle, puisque ces derniers doivent déterminer si la décision est juste ou non⁸⁰.
- 60 La reprise de la conception allemande est critiquée par de nombreux auteurs suisses, dont IMBODEN et GYGI⁸¹. Dès lors, le droit administratif suisse s'en éloigne peu à peu. La doctrine suisse n'accorde pas autant d'importance à la distinction stricte entre liberté d'appréciation et latitude de jugement que la doctrine allemande⁸². À une dogmatique stricte, elle préfère une approche plus pragmatique et casuistique (méthode inductive⁸³) comme l'illustre l'ouvrage « *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung* » d'IMBODEN. Cette influence de la pratique relativise également l'influence de la doctrine allemande⁸⁴ à laquelle il est de moins en moins fait référence⁸⁵.

⁷⁵ RHINOW (2017), p. 106 et 113.

⁷⁶ RHINOW (2017), p. 106 et 113-115.

⁷⁷ RHINOW (2017), p. 115.

⁷⁸ BERTOSSA (1984), p. 17.

⁷⁹ BERTOSSA (1984), p. 24.

⁸⁰ BERTOSSA (1984), p. 99-100 ; SCHINDLER (2010), N 132.

⁸¹ SCHINDLER (2010), N 138 et 142.

⁸² BERTOSSA (1984), p. 99 ; SCHINDLER (2010), N 138-139.

⁸³ SCHINDLER (2010), N 140.

⁸⁴ SCHINDLER (2010), N 140-141.

⁸⁵ GRISEL (1984), p. 8.

À partir des années 1980, les ouvrages consacrés à ce thème augmentent, rendant l'énumération peu pertinente d'un point de vue historique. C'est pourquoi nous aborderons les ouvrages significatifs pour notre recherche directement dans la deuxième partie de ce travail consacrée à la marge de manœuvre des autorités, en particulier dans les chapitres 2 à 4. 61

E. Une synthèse intermédiaire

La problématique de la (libre) appréciation est apparue, d'abord en Autriche, à la suite de la création de la Cour administrative. Elle est reprise chez les auteurs allemands avant d'être traitée en Suisse (N 33). 62

Dès leur apparition, les questions relatives à la libre appréciation et à l'étendue de son contrôle font l'objet de controverses, d'une terminologie fluctuante et de constructions doctrinales complexes dont l'approche varie d'un auteur à l'autre. Cette question a d'ailleurs été le thème central de plusieurs ouvrages⁸⁶. Ce manque de clarté a également provoqué une pratique peu claire et inconsistante de la part des juridictions administratives⁸⁷. 63

Déjà en Autriche, dont les questions de libre appréciation sont exclues de la compétence de la Cour administrative, nous avons pu constater, chez les différents auteurs mentionnés, la volonté de circonscrire cette notion de libre appréciation. D'une part, en précisant que ce n'est pas une liberté totale, mais qu'elle est liée et doit respecter un certain cadre et, d'autre part, en tentant de trouver des critères pour délimiter les questions de droit et d'appréciation⁸⁸. Ce « *rechtlich gebundenes Ermessen* » est peut-être « *gesetzesfrei* » mais il n'est pas pour autant « *rechtsfrei* »⁸⁹. Au contraire, à travers les limites à cette appréciation, dont les fondements doivent se trouver dans la loi, c'est une volonté de se distancier de l'ancien régime – voire une certaine méfiance envers l'administration, en particulier chez TEZNER (N 39) et VON LAUN (N 43) – où les compétences discrétionnaires exercées à travers l'administration étaient l'apanage du monarque absolu⁹⁰. Cette conception de la libre appréciation, comme compétence liée, n'a pas changé au cours du XX^{ème} siècle et prévaut encore actuellement⁹¹. 64

⁸⁶ Notamment : BERNATZIK (1886), VON LAUN (1910), TEZNER (1924) ; SCHEUNER (1928).

⁸⁷ Dans ce sens, TEZNER (1924), p. 2-3.

⁸⁸ JÖHR (1931), p. 238.

⁸⁹ WOLFF/BACHOF/STOBER (1994), § 31 N 40.

⁹⁰ Dans ce sens, SCHINDLER (2010), N 271-272.

⁹¹ Cf. MAURER/WALDHOFF (2017), § 7 N 17 ; WOLFF/BACHOF/STOBER (1994), § 31 N 40.

- 65 En droit allemand, on est confronté aux mêmes difficultés dans l'approche et la délimitation de la libre appréciation de l'autorité. La doctrine autrichienne est d'ailleurs discutée et intégrée dans la réflexion, comme chez SCHEUNER (N 50). En outre, le contexte et la répartition des compétences en Allemagne ont pour conséquences que les *Länder* ont la compétence de la juridiction administrative jusque très tard, ce qui induit une diversité des pratiques à l'intérieur du pays (N 46).
- 66 Dès lors, à travers cet historique, nous constatons que, même s'il manque une uniformité de pensée chez les différents auteurs et une systématisation de la matière, les bases de la thématique telle que nous la connaissons sont déjà posées. En effet, tous tentent de trouver des critères pour délimiter les questions d'appréciation des questions de droit. Cependant, la grande diversité des matières composant le droit administratif rend difficile l'émergence de catégories claires.
- 67 Nous constatons également, dès les premiers auteurs (VON LAUN, SCHEUNER, JELLINEK, FLEINER), des mentions à l'abus du pouvoir d'appréciation puis également à son excès comme limites à l'activité de l'administration. Certains auteurs (comme BERNATZIK, TEZNER et SCHEUNER) mentionnent déjà la retenue que les tribunaux doivent s'imposer dans certains cas. Cependant, la distinction entre la liberté d'appréciation et la latitude de jugement qui fonde l'approche dualiste que l'on connaît actuellement n'apparaît pas tout de suite clairement.
- 68 Le droit administratif suisse, né plus tardivement, a pu bénéficier de connaissances développées par les pays voisins (N 55). Des renvois, comme chez FLEINER, JÖHR et LENDI, y sont faits jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle environ. Cependant, les voix critiques, plaidant pour une distanciation d'avec le droit allemand, se font de plus en plus nombreuses (N 60). Dans la seconde partie du XX^{ème} siècle, le droit administratif suisse gagne en substance et en complexité rendant les comparaisons, pour reprendre les termes de GRISEL, plus « hasardeuses »⁹².

III. La marge de manœuvre des autorités dans le cadre du développement de la juridiction administrative en Suisse

- 69 Après quelques généralités (point A.), nous abordons l'introduction de la juridiction administrative en Suisse (point B.). Puis, nous mettons en avant les liens qu'elle entretient avec la marge de manœuvre des autorités, en particulier

⁹² GRISEL (1984), p. 8.

concernant l'étendue de son contrôle (point C.). Nous terminons avec une synthèse intermédiaire (point D.).

A. Quelques généralités

Il n'est pas possible de prétendre à l'exhaustivité dans la description des étapes de la création de la juridiction administrative aux plans fédéral et cantonal, ni du détail de tous les domaines particuliers (par exemple, assurances sociales ou droit fiscal). C'est pourquoi, nous avons fait le choix de nous concentrer principalement sur la juridiction administrative au niveau fédéral, en laissant de côté les juridictions cantonales. En effet, il n'est pas possible d'en fournir un aperçu général, sans traiter également de leurs spécificités. Ce choix est également motivé par le fait que, dans la suite de ce travail, nous traiterons principalement – pour les mêmes raisons que susmentionnées – du pouvoir d'examen des instances de recours fédérales (N 16).

70

B. L'introduction de la juridiction administrative en Suisse

1. Les raisons de l'introduction tardive de la juridiction administrative

Le XIX^{ème} siècle est marqué, en Suisse, par une *méfiance à l'égard des juridictions administratives*. Celles-ci sont perçues comme une relique négative du pouvoir de l'aristocratie, élitiste et donc antidémocratique⁹³. Influencé par cette conception démocratique de l'Etat, le peuple préfère élire les fonctionnaires et laisser le contrôle de leurs actes au sein du gouvernement jusqu'à son plus haut niveau, le Conseil fédéral, qui peut être amené à se prononcer comme juge et partie. Il est attendu des autorités élues par le peuple qu'elles agissent en matière administrative d'une façon conforme au droit et aux exigences pratiques. On préfère donc une garantie politique à une garantie institutionnelle de l'indépendance du juge⁹⁴. Cependant, la situation commence à changer à la fin de ce siècle lorsque l'on se rend compte du pouvoir que prend l'administration mais aussi de la surcharge du gouvernement, notamment due au traitement des recours administratifs⁹⁵.

71

⁹³ KÖLZ (2013), p. 804.

⁹⁴ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1316 ; SCHINDLER (2010), N 168, 171 et 180.

⁹⁵ KÖLZ (2013), p. 805-806.

- 72 Cette volonté de l'administration de garder tout son pouvoir – en s'opposant à l'introduction d'une juridiction administrative indépendante – est possible dans le contexte de l'époque. En effet, les *fondements d'une procédure administrative contentieuse* fondée sur l'Etat de droit sont encore quasi-inexistants et la frontière entre la fonction administrative et la fonction judiciaire mal délimitée⁹⁶.
- 73 Cependant, ce constat doit être relativisé. Les oppositions à l'émergence d'une juridiction administrative étendue étaient multiples et venaient également de l'opinion publique, d'une partie des parlementaires et du Tribunal fédéral qui émettait des doutes quant à la nécessité d'une telle juridiction⁹⁷. En raison de ces réticences, la première loi, qui codifie tant la procédure administrative non contentieuse que contentieuse, n'est entrée en vigueur qu'en 1969⁹⁸. Et, bien qu'au bénéfice d'une loi unifiant la procédure administrative, les litiges de droit administratif sont traités de manière éclatée par les différentes commissions de recours et d'arbitrage de la Confédération. Il faut attendre la mise en place, en 2007, du Tribunal administratif fédéral pour avoir une instance avec une compétence générale en la matière⁹⁹.

2. La cour de droit administratif du Tribunal fédéral

- 74 C'est d'abord le Tribunal fédéral qui a ponctuellement assumé le rôle de tribunal administratif grâce à une interprétation large de la notion de « contentieux civil ». Puis, avec la Constitution de 1874, un recours est également possible pour violation d'un droit constitutionnel, en particulier le droit à l'égalité de traitement (art. 4 Cst. 1874¹⁰⁰)¹⁰¹. Cependant, au vu de la croissance continue de l'administration fédérale, la doctrine – dont notamment VOGT et FLEINER – a préconisé la création d'une « cour administrative fédérale » fondée sur le modèle de la juridiction administrative en vigueur en Allemagne du Sud¹⁰². A cet effet, il fallait néanmoins modifier la Constitution. Ce fut fait en 1914,

⁹⁶ KÖLZ (2013), p. 811.

⁹⁷ SCHINDLER (2010), N 165.

⁹⁸ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA), RS 172.021.

⁹⁹ KÖLZ (2013), p. 812 ; Cf. *infra* point IV. B. 3. Les commissions fédérale de recours et le Tribunal administratif fédéral.

¹⁰⁰ Constitution fédérale du 29 mai 1874 de la Confédération suisse, RO 1 1, abrogée par décision du 18 décembre 1998 (RO 1999 2556).

¹⁰¹ SCHINDLER (2010), N 184.

¹⁰² KÖLZ (2013), p. 805.

lorsque le peuple a accepté le nouvel article constitutionnel rendant possible la création d'une cour administrative fédérale (art. 114^{bis} Cst. 1874)¹⁰³.

La concrétisation de cet article a tardé – à cause de la première Guerre mondiale et des divergences entre le Conseil fédéral et FLEINER – et c'est seulement en 1929 que la loi fédérale sur la juridiction administrative et disciplinaire¹⁰⁴ est entrée en vigueur¹⁰⁵. Le projet de loi est rédigé par FLEINER, mais le Conseil fédéral s'en est écarté sur plusieurs points, notamment sur l'étendue de la compétence de la juridiction. Il a préféré adopter une clause énumérative concernant la compétence du Tribunal fédéral, en tant que juridiction administrative, plutôt que la clause générale telle que préconisée par FLEINER¹⁰⁶. En procédant ainsi, le Conseil fédéral a conservé une certaine mainmise sur les litiges de droit administratif¹⁰⁷.

75

3. Les commissions fédérales de recours et le Tribunal administratif fédéral

Les commissions fédérales de recours sont créées dans le courant du XX^{ème} siècle, par des lois spéciales, pour régler les litiges relatifs à la loi qui les instituait. La première a été la commission de recours des douanes, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1926¹⁰⁸. En 1965, le Conseil fédéral en a recensé 23, dont deux déjà dissoutes à l'époque¹⁰⁹. Le motif principal présidant à l'établissement de ces commissions était d'établir une juridiction administrative aussi indépendante que possible, avec le concours de personnes qualifiées scientifiquement. C'est pourquoi leur domaine de compétence est resté très spécifique¹¹⁰.

76

Néanmoins, le Conseil fédéral a relevé que cette organisation présentait de sérieux inconvénients. Tout d'abord, le manque d'unité dans l'organisation, les règles applicables ainsi que leur place dans la procédure (certaines statuaient définitivement alors qu'un recours au Tribunal fédéral était ouvert

77

¹⁰³ KÖLZ (2013), p. 808.

¹⁰⁴ Loi fédérale du 11 juin 1928 sur la juridiction administrative et disciplinaire, FF 1925 II 177.

¹⁰⁵ MÜLLER (2006), p. 89-90.

¹⁰⁶ Message du Conseil fédéral du 27 mars 1925 relatif au projet de loi fédérale sur la juridiction administrative et disciplinaire, FF 1925 II 193, 197 ; SCHINDLER (2010), N 127.

¹⁰⁷ KÖLZ (2013), p. 808-811 ; MÜLLER (2006), p. 90-92.

¹⁰⁸ Elle était régie par le Règlement pour la Commission de recours en matière de douane (RO 42 579).

¹⁰⁹ Cf. Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1312.

¹¹⁰ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1313.

contre les décisions d'autres) a eu pour conséquence d'entraver le développement uniforme de la jurisprudence et l'adoption de principes généraux en droit administratif. Ensuite, les membres de ces commissions étaient nommés pour une courte période. Cela impliquait une lacune dans la garantie institutionnelle de l'indépendance du juge. Cependant, au moment de la rédaction du message, il n'était pas question de supprimer ces juridictions, mais d'essayer d'en corriger les défauts en prenant des mesures en matière d'organisation et de procédure¹¹¹.

- 78 Parallèlement au message sur l'extension de la juridiction administrative, le Conseil fédéral a établi un autre message concernant un projet de loi sur la procédure administrative. Le but de cette loi était de régler la procédure non contentieuse et contentieuse lorsque l'autorité statuait par voie de décision, à l'exclusion des questions des règles générales de droit administratif matériel¹¹². La loi fédérale sur la procédure administrative (PA)¹¹³ est ainsi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1969. Par renvoi de l'art. 71a al. 2 PA (disposition introduite par la LF du 4 octobre 1991¹¹⁴), elle s'appliquait généralement aux commissions de recours et d'arbitrage depuis le 1^{er} janvier 1994. Cela impliquait que le pouvoir d'examen desdites commissions était étendu et qu'elles étaient habilitées à revoir l'inopportunité d'une décision prévue par l'art. 49 let. c PA.
- 79 Depuis le 1^{er} janvier 1994 également, des nouvelles dispositions traitaient de l'organisation et de l'indépendance des membres – appelés juges dans la loi – des commissions d'arbitrage et de recours de la Confédération. En particulier, l'art. 71c al. 1 PA prévoyait que, dans l'exercice de leur activité, les juges étaient indépendants et soumis qu'à la loi. En outre, ils ne pouvaient pas faire partie de l'administration fédérale (art. 71c al. 2 PA). Le but de ces dispositions était de fournir des garanties supplémentaires concernant l'indépendance des commissions¹¹⁵.
- 80 Dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire au début des années 2000, ces institutions juridictionnelles ont subi d'importantes transformations. C'est dans ce cadre-là qu'est créé le Tribunal administratif fédéral. Sa tâche principale est de juger les contestations de droit public relevant de la compétence de l'administration fédérale. Contrairement à ce qui prévalait pour

¹¹¹ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1313-1314.

¹¹² Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative, FF 1965 II 1383, en particulier 1388.

¹¹³ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.

¹¹⁴ FF 1991 II 461.

¹¹⁵ SCHINDLER (2010), N 192.

les commissions de recours, le Tribunal administratif fédéral est au bénéfice d'une compétence générale en droit administratif¹¹⁶.

Dans l'accomplissement de cette tâche, il s'est substitué aux commissions fédérales de recours et d'arbitrage ainsi qu'aux services de recours des départements. Dès lors, son entrée en fonction a entraîné la dissolution de 34 commissions et services de recours de la Confédération¹¹⁷. Cela implique que les décisions rendues par les autorités fédérales font directement l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, alors que la voie de recours interne à l'administration est généralement supprimée¹¹⁸. Puis, si la matière concernée n'est pas exclue par une clause de l'art. 83 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)¹¹⁹, un recours en matière de droit public est possible devant le Tribunal fédéral.

81

4. La réforme de la justice : l'introduction de l'art. 29a Cst. et l'unification des voies de droit

La dernière révision de la Constitution fédérale a commencé dans les années 1990. Celle-ci comportait trois volets : un arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la constitution fédérale (objet A), un arrêté fédéral relatif à la réforme des droits populaires (objet B) et un arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice (objet C). L'objet C nous intéresse particulièrement puisque, d'une part, il introduit un nouvel article prévoyant une garantie générale d'accès au juge améliorant la protection juridictionnelle et, d'autre part, il pose la base pour la réforme de la justice qui unifie les voies de droit au niveau fédéral et conduit à la création du Tribunal administratif fédéral¹²⁰.

82

La *garantie générale de l'accès au juge* implique une protection juridique qualifiée, assurée par un tribunal indépendant. Selon le message du Conseil fédéral, une protection juridique assurée par une autorité publique ne disposant pas de l'indépendance d'un tribunal n'est donc pas suffisante. L'accès au juge doit être ouvert. Dans le domaine du droit administratif, « les particuliers ont un

83

¹¹⁶ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 I 4000, 4173.

¹¹⁷ Conseil fédéral, Dissolution des commissions et des services de recours, in : <https://www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-10010.html> (consulté le 10 avril 2022).

¹¹⁸ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 I 4000, 4049.

¹¹⁹ Loi du 7 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110.

¹²⁰ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 8 ; Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 I 4000, 4007 et 4020.

intérêt légitime à ne pas être simplement assujettis à un pouvoir exécutif de plus en plus puissant, mais à pouvoir aussi saisir une autorité indépendante en étant ainsi assurés de bénéficier de certaines garanties procédurales »¹²¹. Cela a eu pour conséquence de supprimer presque totalement la possibilité du recours au Conseil fédéral. En effet, ce dernier ne répondait pas aux exigences de l'indépendance du tribunal au sens du nouvel art. 29a de la Constitution fédérale (Cst.)¹²² ainsi qu'aux garanties découlant du droit international, dont l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)^{123,124}.

- 84 L'article 29a Cst., accepté lors d'une votation populaire le 12 mars 2000, est finalement entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Il a la teneur suivante : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels »¹²⁵.
- 85 La révision de la Constitution a donc mené à une réforme de la justice. Les objectifs de cette dernière sont de décharger le Tribunal fédéral et de simplifier et unifier les voies de droit dont l'agencement était compliqué, fruits de l'évolution non linéaire du droit fédéral¹²⁶. Le Tribunal fédéral n'a plus la compétence générale en matière de contentieux administratif. Il ne statue donc plus, au plan fédéral, comme autorité judiciaire de première instance ; c'est au Tribunal administratif fédéral qu'incombe désormais cette tâche¹²⁷. Cette nouvelle autorité judiciaire statue même en dernière instance, dans certains domaines exclus de la compétence du Tribunal fédéral, comme c'est le cas pour une partie du droit des personnes étrangères (cf. art. 83 let. b-d LTF).

¹²¹ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 511.

¹²² Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst.), RS 101.

¹²³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101.

¹²⁴ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 I 4000, 4016 et 4041.

¹²⁵ L'étendue de la protection offerte par la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.) est développée de manière plus détaillée dans la 2^{ème} partie de ce travail, dans le chap. 4, à son point III. relatif au devoir d'examen de l'autorité.

¹²⁶ MOOR (2006), p. 155-156.

¹²⁷ MOOR (2006), p. 157-158.

C. Le développement de la juridiction administrative en Suisse, en particulier l'étendue de son contrôle

1. L'imbrication de la marge de manœuvre des autorités dans l'évolution de la juridiction administrative

Comme retracé dans ce bref historique, l'évolution du droit administratif et de ses institutions s'est faite avec celle de la société. Nous avons ensuite évoqué l'introduction plutôt tardive, en comparaison des pays voisins, de la juridiction administrative en Suisse. Les raisons de ce retard trouvent leurs racines dans le contexte politique et sociétal de la Suisse (N 71ss). 86

Dans les paragraphes suivants, nous traitons de certains débats ou événements en lien avec la marge de manœuvre des autorités et qui ont influencé le développement de la juridiction administrative ainsi que l'étendue de son contrôle. D'abord, il y a eu le débat, qui s'est étiré sur plus de la moitié du XX^{ème} siècle, à propos du choix entre la clause énumérative ou la clause générale de compétence pour le Tribunal fédéral (point 2.). Ensuite, dans les années 1960, il y a eu l'affaire des « Mirages » qui a conduit le Parlement à demander plus de transparence et de contrôle sur les actes du gouvernement (point 3.). Enfin, au début des années 2000, la réforme de la justice a conduit à l'adoption de nos juridictions – Tribunal fédéral et Tribunal administratif fédéral – dans leur forme actuelle (point 4.). 87

2. L'exclusion du contrôle de la libre appréciation par la cour de droit administratif

Dans les longs débats sur l'étendue de la compétence de la cour administrative du Tribunal fédéral, un consensus a émergé quant au fait que cette dernière ne devait revoir que les « différends appropriés à un contrôle du juge »¹²⁸. Cependant, les difficultés sont apparues au moment de donner un contenu à ce « différend approprié ». Le point de départ était que « l'activité gouvernementale proprement dite doit demeurer au Conseil fédéral et que le recours à la cour administrative ne saurait être prévu à l'égard des contestations dans le jugement desquelles la libre appréciation joue un rôle déterminant »¹²⁹. Il était 88

¹²⁸ EGGENSCHWILLER (1962), p. 462.

¹²⁹ Message du Conseil fédéral du 27 mars 1925 relatif au projet d'arrêté de l'Assemblée fédérale énumérant diverses attributions de la cour administrative, FF 1925 II 313, 326.

important que l'aspect relatif à la composante de libre appréciation soit déterminant, puisque celle-ci jouait un rôle dans presque chaque matière¹³⁰.

- 89 En outre, le Conseil fédéral a considéré que seules les questions de droit et d'une certaine importance devaient pouvoir être revues par la cour administrative. Le message contient donc un long développement, domaine par domaine, pour déterminer ce qui doit figurer dans cette clause énumérative¹³¹. Il propose d'exclure les domaines où il n'y a pas de droit à la prestation – par exemple, une concession dans le domaine de la police du commerce et de l'industrie¹³² – ou pour lesquels l'autorité doit être au bénéfice de connaissances techniques afin de trancher le litige, comme c'est le cas des réclamations non pécuniaires des fonctionnaires fédéraux¹³³. De manière générale, elle exclut les questions d'appréciation pour se limiter aux questions de droit¹³⁴. Enfin, le résultat de cette manière de procéder comporte, de l'aveu même du Conseil fédéral, des difficultés et en complique la lisibilité¹³⁵.
- 90 Le choix entre la clause énumérative de compétences ou la clause générale comportait également des enjeux concernant la marge de manœuvre des autorités. Tant le système de la clause générale que celui de l'énumération prévoyaient que les décisions rendues en vertu du pouvoir de libre appréciation de l'autorité étaient exclues de la juridiction administrative¹³⁶. Cependant, si le principe d'exclure du contrôle judiciaire les questions de libre appréciation mettait les partisans des deux méthodes d'accord, c'est au moment de définir cette libre appréciation que les difficultés se sont matérialisées. En effet, quel traitement réserver aux affaires dans lesquelles l'autorité administrative statue partiellement en vertu de règles de droit et partiellement selon sa libre appréciation ? Selon le Conseil fédéral, adopter la clause générale entraînerait des incertitudes et des conflits de compétence. Ces différentes raisons l'ont fait pencher pour l'adoption de la clause énumérative¹³⁷.

¹³⁰ EGGENSCHWILLER (1962), p. 463.

¹³¹ Message du Conseil fédéral du 27 mars 1925 relatif au projet d'arrêté de l'Assemblée fédérale énumérant diverses attributions de la cour administrative, FF 1925 II 313, 327ss.

¹³² Message du Conseil fédéral du 27 mars 1925 relatif au projet d'arrêté de l'Assemblée fédérale énumérant diverses attributions de la cour administrative, FF 1925 II 313, 328.

¹³³ Message du Conseil fédéral du 27 mars 1925 relatif au projet d'arrêté de l'Assemblée fédérale énumérant diverses attributions de la cour administrative, FF 1925 II 313, 331.

¹³⁴ SCHINDLER (2013a), p. 363.

¹³⁵ Message du Conseil fédéral du 27 mars 1925 relatif au projet d'arrêté de l'Assemblée fédérale énumérant diverses attributions de la cour administrative, FF 1925 II 313, 338.

¹³⁶ Message du Conseil fédéral du 27 mars 1925 relatif au projet de loi fédérale sur la juridiction administrative et disciplinaire, FF 1925 II 193, 203.

¹³⁷ Message du Conseil fédéral du 27 mars 1925 relatif au projet de loi fédérale sur la juridiction administrative et disciplinaire, FF 1925 II 193, 211-212.

Cette liste énumérative est ensuite incorporée, sans grands changements, dans la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ)¹³⁸. Ce n'est qu'en 1969, à l'occasion de la révision de l'OJ dans le cadre du projet d'extension de la juridiction administrative, qu'une clause générale de compétence, assortie d'un catalogue d'exceptions, est introduite sur le modèle proposé par le quatrième avant-projet FLEINER¹³⁹. L'introduction de cette clause a été une des grandes innovations de cette révision, car elle a opéré un changement de paradigme donnant la présomption de compétence au Tribunal fédéral et non plus au Conseil fédéral¹⁴⁰. 91

L'art. 97 OJ prévoyait une compétence de principe en matière administrative pour le Tribunal fédéral. Il était suivi par les art. 99-101 OJ prévoyant trois catégories d'irrecevabilité du recours : selon l'objet de la décision (art. 99) ; selon le domaine juridique (art. 100) ; selon la nature procédurale des décisions (art. 101). Pour arriver à ce résultat, le projet du Conseil fédéral de 1965 est modifié, d'abord, au sein des commissions parlementaires, puis, par une navette entre le Conseil national et le Conseil des Etats. L'élaboration des clauses d'irrecevabilité était guidée par la volonté de soustraire tous les domaines où la part de libre appréciation de l'administration était prépondérante par rapport aux aspects de droit¹⁴¹. Cela peut sembler contradictoire puisqu'un grand soin est apporté à éliminer les domaines qui relèvent de la libre appréciation des autorités tout en introduisant, comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, la possibilité de revoir l'inopportunité des décisions dans d'autres cas. Ces différents aspects ont placé le pouvoir d'appréciation et sa définition au centre de la délimitation des compétences de la juridiction administrative¹⁴². 92

3. L'élargissement du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à un contrôle de l'opportunité suite à l'affaire des « Mirages »

En 1961, le Conseil fédéral demandait un crédit de 871 millions de francs pour de l'acquisition d'avions de combat « Mirages » et, en 1964, une rallonge de 576 millions. Ce dépassement a provoqué un scandale et une commission d'enquête parlementaire a été diligentée. Cette dernière devait déterminer à qui incombait la responsabilité de ce dépassement. À l'automne 1964, elle a 93

¹³⁸ Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (OJ), RO 60 269.

¹³⁹ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1334.

¹⁴⁰ Intervention du Conseiller national Pierre Glasson, BO CN 1967 I 24.

¹⁴¹ Intervention du Conseiller national Pierre Glasson, BO CN 1967 I 36.

¹⁴² Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1342ss.

rendu un rapport accablant, accusant le Département militaire de tromperie¹⁴³. Cette affaire a constitué un des plus grands scandales politiques suisses du XX^{ème} siècle et a suscité des réflexions sur le fonctionnement de l'administration jusqu'à son plus haut niveau¹⁴⁴.

- 94 Ses répercussions se sont également fait sentir sur le plan juridique. En effet, les années 1960 ont représenté une décennie importante pour le développement de la juridiction administrative. D'une part, la loi sur l'organisation judiciaire (OJ) est révisée pour étendre la compétence de la juridiction administrative et, d'autre part, une loi générale sur la procédure administrative (PA) est finalement introduite. Les dérives de l'affaire des « Mirages » ont également fait partie des arguments pour une telle extension, car les commissions parlementaires chargées de l'élucider ont obligé, par une motion, le Conseil fédéral à soumettre aux Chambres, dans un délai d'une année, un projet de loi concernant l'extension de la juridiction administrative¹⁴⁵.
- 95 C'est ce qu'a fait le Conseil fédéral dans son message de 1965¹⁴⁶, avec l'art. 103 OJ. Celui-ci prévoyait trois types de motifs de recours : la violation du droit, y compris l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation inexacte ou incomplète des faits juridiquement pertinents (let. b) et l'inopportunité (let. c). Cet article était complété, s'agissant des faits, par l'art. 104 OJ, qui prévoyait à son alinéa 2, que le Tribunal fédéral était lié par les faits établis par l'instance précédente, sauf s'ils étaient manifestement inexacts ou incomplets ou avaient été établis au mépris de règles de procédure essentielles¹⁴⁷. Le message mentionnait les hésitations du Conseil fédéral à élargir les motifs de recours à celui de l'inopportunité, en tant que cela « aboutit malheureusement à ouvrir une brèche dans le principe éprouvé selon lequel le Tribunal fédéral, en tant que tribunal administratif, n'a pas à faire acte d'administration en descendant au niveau de simples conflits d'appréciation »¹⁴⁸.

¹⁴³ Rapport présenté aux chambres fédérales par les commissions constituées par le Conseil national et le Conseil des Etats pour enquêter sur l'affaire du Mirage, FF 1964 II 289, 289-290.

¹⁴⁴ Les archives de la RTS, L'affaire des mirages, in : <https://www.rts.ch/archives/tv/information/point/3436563-l-affaire-des-mirages.html> (consulté le 10 avril 2022).

¹⁴⁵ Cf. Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, en particulier 1336 ; SCHINDLER (2010), N 189.

¹⁴⁶ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301.

¹⁴⁷ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1373-1374.

¹⁴⁸ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1360.

Les parlementaires ont en particulier débattu du grief de *l'inopportunité ainsi que sa portée*. En effet, aux dires du rapporteur de la commission pour le Conseil national, M. Pierre Glasson, « le projet repose sur le principe communément admis que le juge administratif ne peut revoir que les questions de droit et que les questions d'opportunité sont du ressort exclusif des autorités administratives. Il n'est cependant pas possible de diviser les actes administratifs en deux catégories distinctes : ceux qui relèvent du droit, et partant du contrôle par le juge, et ceux qui, tranchant des questions d'opportunité, relèvent du droit d'appréciation de l'autorité administrative : d'où la difficulté du problème »¹⁴⁹. 96

Dans la version finale de la loi, l'art. 103 est devenu l'art. 104 OJ. La let. a de cet article est adoptée sans modification par rapport au message du Conseil fédéral. Comme déjà mentionné dans ce dernier, ce grief correspondait en substance à celui de la violation du droit prévu en droit administratif allemand¹⁵⁰. L'abus et l'excès du pouvoir d'appréciation étaient assimilés à des violations du droit, car même dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'administration est liée aux principes de l'Etat de droit, tel que celui de l'égalité devant la loi¹⁵¹. La let. b est également adoptée sans modification. C'est l'art. 105 al. 2, auquel elle renvoie, qui subit des changements notamment quant aux instances désignées. La let. c, relative au grief de l'inopportunité, est celle qui est la plus remaniée. Elle est finalement séparée en trois sous-catégories pour lesquelles le grief d'inopportunité pouvait être invoqué : 1. De décisions rendues en première instance, y compris les décisions sur opposition relatives à la fixation d'une contribution publique ou d'une indemnité de droit public ; 2. De peines disciplinaires prononcées contre les agents de la Confédération ; 3. D'autres décisions, lorsque le droit fédéral prévoit le grief de l'opportunité¹⁵². 97

En 1992, dans le cadre d'une révision de l'OJ qui visait à soulager le Tribunal fédéral, il est proposé de limiter le contrôle de l'opportunité (art. 104 let. c OJ). Ce dernier a été déchargé du contrôle de l'opportunité en ce qui concernait les mesures disciplinaires infligées au personnel fédéral tant que le Conseil fédéral ne statuait pas en première instance. En outre, la possibilité d'un contrôle étendu à l'opportunité est également supprimée dans certaines lois 98

¹⁴⁹ BO CN 1967 I 25.

¹⁵⁰ Art. 114 Verwaltungsgerichtsordnung du 21 janvier 1960 ; Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1325.

¹⁵¹ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II 1301, 1358.

¹⁵² RO 1969 787.

spéciales¹⁵³. Puis le 1^{er} janvier 2001, l'art. 104 OJ subit encore une modification, sa let. c, ch. 2 est abrogée par une modification de la loi sur le personnel de la Confédération¹⁵⁴.

4. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral après la réforme de la justice

- 99 Le 1^{er} janvier 2007 est entrée en vigueur la nouvelle organisation judiciaire et avec elle de nouvelles lois : l'OJ a cédé la place à la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) et la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)¹⁵⁵ règle la procédure devant le tribunal éponyme. Le nouveau recours en matière de droit public reprend le système de la clause générale (art. 82 LTF), assortie d'un catalogue d'exception (art. 83 LTF)¹⁵⁶.
- 100 Les changements législatifs ont également redéfini le pouvoir d'examen des deux instances. L'art. 104 OJ prévoyait que le recours pouvait être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, l'établissement inexact et incomplet de l'état de fait pertinent ainsi que pour inopportunité (N 95). Il est remplacé, pour le recours en matière de droit public, par les art. 95-97 et 105-106 LTF. Le *Tribunal fédéral* revoit le droit dans la mesure prévue par l'art. 95 LTF et les faits principalement sous l'angle de l'arbitraire. En revanche, le grief relatif à l'inopportunité de la décision est supprimé, car il n'appartient pas à une juridiction suprême de se prononcer sur l'opportunité d'actes administratifs¹⁵⁷.
- 101 S'agissant du *Tribunal administratif fédéral*, il a remplacé les commissions de recours et d'arbitrage ainsi que les services de recours de la Confédération, qui étaient eux-mêmes régis par la PA. C'est pourquoi un renvoi général est fait à cette loi (art. 37 LTAF). Une des principales conséquences est que celui-ci est au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen¹⁵⁸. En effet, l'art. 49 PA prévoit que la personne recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, l'établissement inexact ou

¹⁵³ Message du Conseil fédéral du 18 mars 1991 concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire et de l'arrêté fédéral concernant l'augmentation temporaire du nombre des juges suppléants et des rédacteurs d'arrêts du Tribunal fédéral, FF 1991 II 461, 489-490.

¹⁵⁴ Art. 40 ch. 3 Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers), RS 172.220.1 (dans sa version au 1.01.2001).

¹⁵⁵ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), RS 173.32.

¹⁵⁶ SCHINDLER (2010), N 190.

¹⁵⁷ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 I 4000, 4132.

¹⁵⁸ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 I 4000, 4055.

incomplet des faits pertinents ainsi que l'inopportunité à moins qu'une instance cantonale n'ait statué comme autorité de recours. Le maintien du contrôle de l'inopportunité a été longuement discuté. En outre, il peut être dérogé au régime de la PA si une loi spéciale le prévoit. L'exception la plus notable intervient dans le domaine de l'asile où l'art. 106 de la loi sur l'asile (LAsi)¹⁵⁹ restreint le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral en ne permettant pas à la personne recourante d'invoquer l'inopportunité de la décision¹⁶⁰.

A la suite d'un postulat déposé en juin 2007¹⁶¹, le Conseil fédéral a fait *évaluer*, entre 2008 et 2013, *la nouvelle organisation judiciaire*. Dans son message, le Conseil fédéral conclut que celle-ci est un succès, à part pour deux points : la charge de travail du Tribunal fédéral et certaines lacunes dans la protection juridictionnelle¹⁶². Dans les changements proposés, plusieurs auraient eu des incidences sur le pouvoir d'examen de cette instance. Il s'agit principalement des modifications du catalogue des clauses d'exclusion de l'art. 83 LTF, de celle du pouvoir d'examen concernant les litiges en matière d'assurance accident et d'assurance militaire (art. 97 al. 2 et 105 al. 3 LTF) et de la suppression du recours constitutionnel subsidiaire¹⁶³. Concernant le Tribunal administratif fédéral, une modification de l'art. 49 PA, quant au contrôle de l'opportunité, était également proposée¹⁶⁴.

102

Le Conseil fédéral a rendu son message le 15 juin 2018 ; de nombreuses discussions ont en découlé. Après avoir entendu l'avis du Tribunal fédéral sur la révision, le Conseil des Etats a demandé à l'Office fédéral de la justice (OFJ) d'élaborer trois alternatives permettant une plus grande décharge de celui-ci. Cependant, le Tribunal fédéral ayant refusé de se prononcer sur celles-ci et au vu des controverses soulevées par cette révision (notamment, la suppression du recours constitutionnel subsidiaire et l'institution de la question juridique de principe), le Conseil des Etats a refusé, le 17 décembre 2019, la

103

¹⁵⁹ Loi sur l'asile du 6 juin 1998, RS 142.31 ; cette dérogation est possible par renvoi de l'art. 6 LAsi.

¹⁶⁰ La suppression du contrôle de l'inopportunité en droit d'asile est développée dans la 3^{ème} partie, chap. 2, point III. C. 3.

¹⁶¹ Postulat de Gérald Pfisterer, n°07.3420, du 21 juin 2007, « Réforme de l'organisation judiciaire et de la justice. Evaluation ».

¹⁶² Message du Conseil fédéral du 15 juin 2018 relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), FF 2018 4713, 4717-4718.

¹⁶³ Message du Conseil fédéral du 15 juin 2018 relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), FF 2018 4713, 4721 et 4729.

¹⁶⁴ Message du Conseil fédéral du 15 juin 2018 relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), FF 2018 4713, 4756.

modification de la LTF¹⁶⁵. Cette décision a été suivie par le Conseil national en date du 5 mars 2020 et le projet a donc été abandonné¹⁶⁶.

- 104 Le pouvoir d'examen de ces deux instances ainsi que la portée de chaque motif de recours seront examinés en détail dans la deuxième partie de ce travail, aux chapitres 3 et 4.

D. Une synthèse intermédiaire

- 105 Le développement de la juridiction administrative en Suisse s'est fait plutôt tardivement. Cela s'explique par le contexte politique et sociétal de la Suisse, et en particulier, à travers la conception démocratique prédominante ainsi qu'une certaine méfiance envers les juridictions administratives (N 71-72). Dès lors, le contrôle s'est fait pendant très longtemps plutôt sporadiquement et de manière décentralisée : d'abord au sein du Tribunal fédéral et du Conseil fédéral (N 74), puis dans les commissions de recours fédérales (N 76). Si l'Autriche dispose d'une Cour administrative dès 1875, en Suisse, il faut attendre la réforme de la justice et la création du Tribunal administratif fédéral en 2007 pour avoir une instance fédérale qui centralise la juridiction administrative (N 80).
- 106 Dans ces longs débats relatifs à la création d'une juridiction administrative, la problématique de la marge de manœuvre des autorités administratives et en particulier la question de l'étendue du contrôle par un tribunal ont été abondamment discutées : d'abord, dans le long débat concernant la clause générale ou énumérative de compétences (N 90), puis, dans celui relatif à l'introduction d'un contrôle de l'opportunité (N 93ss). Enfin, des débats ont eu lieu dans le cadre de la réforme de la justice avec, d'une part, l'extension du contrôle judiciaire (art 29a Cst.) et, d'autre part, la restructuration, au niveau fédéral, des instances compétentes pour juger des litiges de droit administratif (N 83 et 99).
- 107 Cette introduction tardive et par étapes de la juridiction administrative a comme conséquences d'entraver le développement uniforme de la jurisprudence et de retarder l'émergence de principes généraux cohérents en droit et procédure administratifs (N 77)¹⁶⁷. Cet état de fait a également eu des répercussions sur l'évolution de la marge de manœuvre des autorités administratives (contrôle de leur activité étendu à l'opportunité ou non) et, par effet miroir, sur l'étendue du contrôle exercé par les autorités judiciaires. Cependant,

¹⁶⁵ BO CE 2019 1208.

¹⁶⁶ BO CN 2020 157.

¹⁶⁷ SCHINDLER (2010), N 186.

c'est surtout une conception cohérente et uniforme de la marge de manœuvre des autorités qui a souffert de cette introduction tardive et dispersée de la juridiction administrative.

IV. Une conclusion intermédiaire

Cet historique nous a permis de relever *les influences* de la société et ses institutions sur l'évolution du droit administratif (N 26). Tel est également le cas pour la marge de manœuvre qui a évolué parallèlement à l'administration et à la juridiction administrative (N 29). 108

La problématique de la libre appréciation est apparue en Autriche avec la création de la Cour administrative et en particulier en lien avec le débat relatif à une clause générale de compétence ou une clause énumérative (N 35). Ce débat a ensuite eu lieu également en Allemagne, puis en Suisse (N 54). 109

Dans les différents pays examinés, les auteurs de doctrine ont essayé de *circonscrire la notion de libre appréciation* et de lui poser des limites (« *rechtlich gebundenes Ermessen* »). Si des mentions à l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation, comme limites à la libre appréciation, sont déjà faites chez les auteurs autrichiens, la distinction entre la liberté d'appréciation et la latitude de jugement qui fonde l'approche dualiste que l'on connaît n'apparaît pas tout de suite clairement (N 67). Cependant, les bases de la problématique sont déjà posées et la conception de la libre appréciation comme compétence liée prévaut encore actuellement (N 64). 110

Le droit administratif suisse, né plus tardivement, a pu bénéficier des connaissances développées par les pays voisins et des renvois à la doctrine étrangère y sont faits jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle (N 68). 111

Dans un second temps, après avoir retracé l'origine de la conception (moderne) de la marge de manœuvre, nous avons examiné son *évolution en lien avec le développement de la juridiction administrative* en Suisse. 112

En Suisse, la juridiction administrative a été introduite de manière tardive, en particulier à cause de la méfiance du peuple envers cette institution et à la conception démocratique de l'Etat (N 71). Le contrôle s'est donc fait pendant longtemps plutôt sporadiquement et de manière décentralisée : d'abord au sein du Tribunal fédéral et du Conseil fédéral, puis dans les commissions de recours fédérales (N 105). Dans ce processus, la problématique de la marge de manœuvre des autorités administratives et en particulier la question de l'étendue du contrôle par une autorité judiciaire a été abondamment discutée (N 106). 113

- 114 Cette *introduction tardive* de la juridiction administrative a eu des répercussions sur l'étendue du contrôle exercé par les autorités de contrôle ainsi que sur l'uniformité de la conception de la marge de manœuvre (N 107).
- 115 Au vu de ce qui précède, notre **thèse n° 1** est que la thématique de la marge de manœuvre trouve ses racines dans l'histoire du droit. Elle fait partie de l'évolution des institutions et en particulier celles de l'administration et de la juridiction administrative. Elle ne s'est pas figée dans le temps et l'étendue de son contrôle est régulièrement discutée.

Chapitre 2 : Les fondements théoriques de la marge de manœuvre

Ce chapitre pose les fondements théoriques de notre problématique. Nous proposons d'abord quelques clarifications terminologiques (point I.). Ensuite, nous abordons le principe de la séparation des pouvoirs (point II.) et la densité normative (point III.). Puis, nous nous penchons sur le processus de mise en œuvre du droit (point IV.). Enfin, nous formulons une conclusion intermédiaire (point V.). 116

I. Quelques clarifications terminologiques

Un des premiers défis de cette thématique est d'utiliser une terminologie suffisamment claire et précise pour décrire, sans confusion, les différentes notions. En effet, comme nous le verrons, la terminologie peut varier d'un auteur à l'autre en doctrine et, parfois même, au sein de la jurisprudence. Dès lors, vu les importants enjeux liés à l'étendue du contrôle des questions d'appréciation, il s'impose de définir les principaux termes utilisés. 117

Une autre difficulté provient de la nécessité de traduire les termes allemands, utilisés dans la doctrine et la jurisprudence, en français. En effet, la langue allemande emploie des termes qui sont plus précis du fait des possibilités de composition¹⁶⁸. Dès lors, nous utilisons les termes allemands lorsqu'aucun terme équivalent n'est disponible dans la langue française ou qu'une phrase entière serait nécessaire pour les décrire¹⁶⁹. 118

Comme indiqué dans le titre de ce travail lui-même, l'expression *marge de manœuvre* est central. Cette dernière n'est pas un terme technique, ce qui lui confère une neutralité, due à l'absence de qualification juridique. C'est également la seule expression suffisamment large qui permette de qualifier la sphère de compétence (marge de manœuvre) tant de l'administration que des autorités 119

¹⁶⁸ Cf. également Introduction générale, point IV.

¹⁶⁹ Tel est par exemple le cas avec les termes composés de « *Entschliessungsermessen* » et « *Auswahlermessen* » ou de « *Prüfungsdichte* ».

judiciaires. Si cette expression ne figure pas dans la loi, le droit emploie celle de *pouvoir d'appréciation* pour qualifier la marge de manœuvre de l'autorité de première instance. La marge de manœuvre de l'autorité de recours est, quant à elle, qualifiée de *pouvoir d'examen*. À cet égard, l'expression *cognition* est employée comme synonyme de pouvoir d'examen.

120 Un autre terme central de cette thématique est celui d'« *Ermessen* ». Il est parfois traduit par « compétences discrétionnaires »¹⁷⁰. Cependant, nous préférons éviter l'emploi du terme discrétionnaire – et la connotation qu'il véhicule – pour lui préférer celui d'*appréciation*¹⁷¹. En effet, discrétionnaire impliquait que l'autorité pouvait agir librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit¹⁷², comme l'exerçaient les monarques de droit divin qui prenaient des décisions « selon leur bon plaisir »¹⁷³. Cela correspond, sous nos latitudes, à la conception que l'on avait du pouvoir avant l'avènement du principe de la séparation des pouvoirs et de l'Etat de droit¹⁷⁴.

121 Or, depuis l'apparition du droit administratif moderne et des premiers ouvrages sur ce thème, la majorité des auteurs s'efforcent de placer des limites à la libre appréciation de l'administration afin que celle-ci ne puisse pas agir arbitrairement (N 110). Dès lors, le terme d'appréciation se prête mieux à notre propos et permet de l'encadrer des limites prévues par le droit. Tel est également l'avis de GRISEL qui attribue un caractère *relatif* à la liberté d'appréciation « qui ne se concilie guère avec le qualificatif de discrétionnaire qui lui est souvent attribué »¹⁷⁵.

122 Cependant, nous précisons encore que l'on trouve parfois le terme de « *quasi-discrétionnaire* » dans la jurisprudence. En droit des personnes étrangères, il est, en particulier, utilisé dans les domaines où il est considéré que le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) est au bénéfice d'un large pouvoir d'examen¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Cf. FLEINER (1933).

¹⁷¹ Dans ce sens, TANQUEREL (2018), N 502.

¹⁷² MAITROT JEAN-CLAUDE, « Pouvoir discrétionnaire », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 10 avril 2022. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/pouvoir-discrétionnaire/>.

¹⁷³ Dictionnaire de l'Académie française, définition de « plaisir », in : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8P1672> (consulté le 10 avril 2022).

¹⁷⁴ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 688.

¹⁷⁵ GRISEL (1984), p. 330.

¹⁷⁶ Par exemple, ATAF 2021 VII/1.

II. Le principe de la séparation des pouvoirs

Nous traitons ici du modèle de la séparation des pouvoirs (point A.). Nous expliquons ensuite pourquoi la problématique de la marge de manœuvre constitue le point d'intersection entre les trois pouvoirs (point B.). Puis, nous abordons plus spécifiquement certains aspects de la concrétisation du modèle de la séparation des pouvoirs dans l'ordre juridique suisse (point C.). Enfin, nous traitons des fonctions des autorités impliquées dans la prise de décision (point D.). 123

A. Le modèle de la séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs est un modèle incontournable d'organisation politique auquel se réfèrent généralement les Etats de droit. Il a été conçu au XVIII^{ème} siècle dans le but de partager et d'équilibrer le pouvoir par opposition à l'absolutisme de la monarchie¹⁷⁷. 124

Le principe de la séparation des pouvoirs implique d'abord une répartition du pouvoir entre plusieurs organes (*séparation organique*) : le parlement, le gouvernement et ses agents (l'administration) et les tribunaux¹⁷⁸. 125

Il comprend ensuite une *séparation fonctionnelle* entre les différents organes. Trois fonctions principales sont en général évoquées : la fonction législative ayant trait à l'adoption de règles générales et abstraites, la fonction exécutive ayant trait à l'application des lois et à la gestion des services publics et la fonction judiciaire qui s'occupe de la résolution des litiges, en veillant à la bonne application du droit¹⁷⁹. 126

Enfin, il comprend également une *séparation personnelle*. En effet, le pouvoir, sous ses différentes formes, est exercé par des personnes. Ces dernières ne peuvent occuper des fonctions dans différents organes de la même collectivité (incompatibilités)¹⁸⁰. 127

Cette très brève esquisse de la séparation des pouvoirs représente plutôt « *une vue de l'esprit* » et ne permet pas de retranscrire une réalité bien plus 128

¹⁷⁷ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1783-1784.

¹⁷⁸ GRISEL (1984), p. 167 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 437.

¹⁷⁹ GRISEL (1984), p. 165-166 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 438.

¹⁸⁰ Au niveau fédéral, le régime des incompatibilités est directement prévu par la Constitution (art. 144 Cst.) ; MALINVERNI ET AL. (2021), N 1803 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 438 ; UEBERSAX (2021), N 14.

complexe, qui dépasse l'objet du présent travail¹⁸¹. En effet, la séparation des pouvoirs contient des limites inhérentes à l'organisation de l'Etat qui amènent, par exemple, les pouvoirs à devoir collaborer entre eux¹⁸² ou certaines autorités à exercer plusieurs fonctions¹⁸³. Une illustration de cette dernière problématique est donnée par l'importance quantitative des normes élaborées par l'exécutif¹⁸⁴.

- 129 Cependant, si les organes peuvent exercer plusieurs fonctions et sont même appelés à collaborer entre eux, ce qui est important est que chaque organe soit à l'abri des ingérences des autres organes¹⁸⁵. À cet égard, le principe de la séparation des pouvoirs implique une *séparation des compétences* entre les différents organes¹⁸⁶.
- 130 La thématique de la marge de manœuvre est une bonne illustration des limites au principe de la séparation des pouvoirs. En effet, c'est la définition des fonctions des autorités ainsi que les rapports qu'elles entretiennent entre elles qui module l'étendue de leur marge de manœuvre. Se pose par exemple la question du rôle du juge administratif¹⁸⁷.

B. La marge de manœuvre : le point d'intersection entre les trois pouvoirs

- 131 La thématique de la marge de manœuvre des autorités se trouve à *l'intersection entre les trois pouvoirs* de l'Etat. Elle met en lumière un de ses enjeux principaux, à savoir la délimitation entre les compétences et les responsabilités de chacun des pouvoirs et, pour notre thématique en particulier, celles de l'administration par rapport au pouvoir judiciaire¹⁸⁸.
- 132 En droit public, cette question de délimitation renvoie, d'abord, du point de vue du législateur, à la *précision des normes édictées* (densité normative ; *infra* N 150ss) ainsi qu'à la *formulation choisie*. Ce sont deux paramètres qui vont influencer la marge de manœuvre dévolue à l'autorité administrative. En

¹⁸¹ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 440 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016), N 2264.

¹⁸² MARTENET (2016), p. 94.

¹⁸³ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1805.

¹⁸⁴ AUER (1986), p. 198 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 446 ; TANQUEREL (2018), N 619.

¹⁸⁵ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1806 ; GRISEL (1984), p. 167 ; TANQUEREL (2018), N 626.

¹⁸⁶ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1806 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 443 ; TANQUEREL (2018), N 614.

¹⁸⁷ TANQUEREL (2018), N 621.

¹⁸⁸ ELSNER (2011), p. 30 ; RHINOW (2017), p. 100.

effet, plus le législateur édicte des normes précises et denses et plus il limite la marge de manœuvre de l'administration en la soumettant à des règles de droit¹⁸⁹.

Ensuite, dans la relation entre l'administration et les tribunaux, elle renvoie à la question de l'*étendue du contrôle judiciaire* portant sur des actes de libre appréciation. Enfin, le pouvoir judiciaire vérifie la correcte application des normes édictées par le législateur et se constitue ainsi comme le garant de leur bonne application¹⁹⁰. Et pour reprendre la formule de CORNIOLEY : « La loi n'est rien sans le juge qui la fait respecter, le juge ne peut rien sans la loi qui justifie son contrôle ; et sa compétence cesse où cessent les dispositions de droit strict »¹⁹¹. 133

Ces questions sont également en lien avec la *perception des différentes institutions* de l'Etat. En effet, si la confiance en l'administration est grande, la tendance sera plutôt d'accorder une marge de manœuvre plus importante à cette dernière et de réduire l'étendue du contrôle judiciaire¹⁹². 134

C. Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'ordre juridique suisse

En Suisse, le principe de la séparation des pouvoirs influence profondément l'agencement et le fonctionnement des autorités, tant sur le plan fédéral que cantonal, ainsi que pour d'autres institutions comme les droits démocratiques ou le fédéralisme¹⁹³. Si la Constitution fédérale ne contient aucune référence expresse au principe de la séparation des pouvoirs, ce dernier est pourtant considéré, par la jurisprudence du Tribunal fédéral, comme un droit constitutionnel invocable par les particuliers¹⁹⁴. Il influence également l'organisation de la Confédération dans l'institution des organes et de leurs compétences : l'Assemblée fédérale (art. 148-173 Cst.), le Conseil fédéral et l'administration fédérale (art. 174-187 Cst.) ainsi que le Tribunal fédéral (art. 188-191c Cst.). 135

¹⁸⁹ CORNIOLEY (1968), p. 51.

¹⁹⁰ CORNIOLEY (1968), p. 51.

¹⁹¹ CORNIOLEY (1968), p. 51-52.

¹⁹² ELSNER (2011), p. 23.

¹⁹³ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1777.

¹⁹⁴ Souvent invoqué conjointement à une violation du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.) ; parmi d'autres l'ATF 133 I 313, consid. 5.2 et 130 I 1, consid. 3.1 ; MALINVERNI ET AL. (2021), N 1796 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 437 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016), N 2294 ; TANQUEREL (2018), N 615.

- 136 Plusieurs choix organisationnels, quant à la répartition des compétences entre les différentes autorités, ont des répercussions sur la marge de manœuvre de celles-ci. Premièrement, il faut mentionner l'art. 5 al. 1 Cst. qui pose le principe fondamental de la *légalité*, en précisant que le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. Dès lors, la mise en œuvre du principe de la légalité, qui pose les limites à l'exercice de l'activité administrative – notamment en évitant des actions arbitraires de cette dernière –, est un des piliers du développement de l'Etat de droit¹⁹⁵.
- 137 Un autre aspect important du principe de la séparation des pouvoirs est celui de l'*indépendance des juges* qui est érigé tant en droit fondamental (art. 30 Cst., art. 6 par. 1 CEDH) qu'en principe d'organisation (art. 191c Cst.). Le concept de juge se définit par sa fonction, qui est de dire le droit, et il exerce cette fonction de manière indépendante et sans directives quant au contenu de sa jurisprudence¹⁹⁶. Il n'est lié que par le droit¹⁹⁷.
- 138 De plus, l'art. 190 Cst. prévoit que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Cela implique que ces normes doivent toujours être appliquées, même si elles sont contraires à la Constitution¹⁹⁸. Cette disposition donne au législateur une position relativement forte et limite les compétences du Tribunal fédéral en tant que juridiction constitutionnelle¹⁹⁹. Cependant, ce dernier n'est pas limité dans son pouvoir d'examen. En effet, il peut contrôler une loi fédérale et, au besoin, constater sa non-conformité au droit constitutionnel ou au droit international public, même si, *in fine*, il ne peut pas la sanctionner²⁰⁰.
- 139 Tel a été le cas dans un arrêt où le Tribunal fédéral a considéré qu'il existait une discrimination à rebours dans le cadre du regroupement familial fondé sur l'art. 42 al. 2 de la loi sur les étrangers (LEtr)²⁰¹, devenue entre-temps loi sur les étrangers et l'intégration (LEI)²⁰², entre les ressortissants suisses et les ressortissants pouvant se prévaloir de l'Accord sur la libre circulation des

¹⁹⁵ BSK BV- EPINEY ASTRID, Art. 5, N 20 et 35 ; MOOR (2010), p. 125.

¹⁹⁶ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 559.

¹⁹⁷ UEBERSAX (2021), N 12.

¹⁹⁸ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1943 et 1967.

¹⁹⁹ BSK BV- EPINEY ASTRID, Art. 190, N 2 et 12.

²⁰⁰ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 24 ; DUBEY (2018), N 930 ; MALINVERNI ET AL. (2021), N 1966 ; MARTENET (2016), p. 91-92.

²⁰¹ Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), titre modifié par la révision partielle du 16 décembre 2016, RO 2017 6521.

²⁰² Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI), RS 142.20.

personnes (ALCP)²⁰³. Toutefois, il a considéré que cette constatation ne saurait remettre en cause l'application de l'art. 42 al. 2 LEtr et que, selon le principe de la séparation des pouvoirs, il incombait au Parlement de remédier à cette situation²⁰⁴.

Précisons encore que l'art. 190 Cst. soulève une *question de hiérarchie des normes*, en particulier en cas de conflit entre les normes de droit fédéral et celles de droit international, puisqu'il les déclare toutes les deux pareillement applicables²⁰⁵. Dans ces cas, le principe veut que le droit international prime sur le droit interne (art. 26 et 27 Convention de Vienne sur le droit des traités [CVDT]²⁰⁶). Toutefois, il est possible de déroger à ce principe, lorsque la loi fédérale est postérieure au traité et que le législateur l'a adoptée en dérogeant sciemment et volontairement à celui-ci (« pratique Schubert »²⁰⁷). Cependant, cette dérogation n'est pas possible lorsque les obligations de la Suisse en matière de droits de l'homme (« pratique PKK »²⁰⁸) ou de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)²⁰⁹ sont en cause. Dans ces deux dernières hypothèses, en tant qu'exception à l'exception, le droit international prime sur le droit interne²¹⁰.

140

D. Les fonctions des autorités impliquées dans la prise de décision

Le modèle de la séparation des pouvoirs comporte plusieurs aspects, en particulier les séparations organique et fonctionnelle (N 125 et 126). Concernant notre thématique, deux types d'autorités distinctes interviennent dans le processus décisionnel en droit administratif : d'abord, les *autorités administratives* – à savoir celles de première instance, ainsi que celles hiérarchiquement supérieures lorsque la voie du recours interne est ouverte²¹¹ – puis, sur recours (externe à l'administration), les *autorités judiciaires*. Précisons encore que, dans certains cas, la personne peut former une opposition ou une réclamation

141

²⁰³ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP), RS 0.142.112.681

²⁰⁴ Cf. ATF 136 II 120, consid. 3.5 ; AMARELLE CESLA/CHRISTEN NATHALIE, in : Nguyen/Amarrelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : LEtr, art. 42 LEtr, N 31ss.

²⁰⁵ DUBEY (2018), N 939 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016), N 2861.

²⁰⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111.

²⁰⁷ Cf. ATF 99 Ib 39.

²⁰⁸ Cf. ATF 125 II 417.

²⁰⁹ Cf. ATF 133 V 367, confirmé dans l'ATF 142 II 35.

²¹⁰ DUBEY (2018), N 941-945 ; MALINVERNI ET AL. (2021), N 1971.

²¹¹ TANQUEREL (2018), N 1284.

auprès de la même autorité que celle qui a rendu la décision d'origine avant de déposer un éventuel recours²¹².

- 142 Bien que toutes les deux soient soumises au droit, ces autorités, qui appartiennent à deux pouvoirs différents, poursuivent des *buts* et ont des *attributions* qui le sont également. La compétence principale des autorités judiciaires est de contrôler la bonne application du droit par l'instance précédente ou l'administration. Pour ce faire, elles sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi²¹³. Au contraire, pour l'administration, si la bonne application du droit est aussi un but, il est, en outre, un moyen pour gérer des services et des biens²¹⁴. L'administration doit, en plus d'appliquer le droit, répondre à d'autres impératifs, comme la poursuite du bien commun ou d'intérêts publics²¹⁵ ou encore une gestion efficace et efficiente de son activité^{216,217}.
- 143 En effet, l'Etat, et en particulier son administration, doivent accomplir des tâches²¹⁸, dont il est attendu qu'elles soient réalisées de manière *efficente* dans le but de produire un *certain résultat*²¹⁹. Dans les cas concrets, il ne s'agit pas, pour l'administration, d'adopter une position neutre afin d'arbitrer un conflit, « mais de diriger une action finalisée par un objectif concret à atteindre et de modifier ainsi directement une situation de fait dans la perspective d'un intérêt dit public »²²⁰.

²¹² Cf. notamment art. 30 al. 2, let. a et 74 PA, 21 al. 2, let. b loi sur la procédure et la juridiction administrative neuchâtelaise du 27 juin 1979 (LPJA-NE), RS-NE 152.130 et 50-52 Loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE), RS-GE E 5 10 ; DÉFAGO GAUDIN (2013), p. 179 ; TANQUEREL (2018), N 1275.

²¹³ Cf. au niveau fédéral, les art. 2 al. 1 LTF et 2 LTAF et au niveau cantonal, par exemple, art. 2 loi d'organisation judiciaire neuchâtelaise du 27 janvier 2010, RS-NE 161.1 et 2 loi sur l'organisation judiciaire genevoise du 26 septembre 2010, RS-GE E 2 05 ; SCHINDLER (2013a), p. 371.

²¹⁴ MOOR (2005), p. 73.

²¹⁵ FLEINER (1928a), p. 3-4.

²¹⁶ L'*efficience* est comprise ici comme une « aptitude à fournir le meilleur rendement » (Centre national de ressources textuelles et lexicales, définition de « efficience », in : <https://www.cnrtl.fr/definition/efficience> [consulté le 10 avril 2022]) alors que l'*efficacité* est le « caractère de ce qui est efficace », efficace étant défini comme « qui produit, dans de bonnes conditions et sans autres aide, l'effet attendu » (Centre national de ressources textuelles et lexicales, définition de « efficace », in : <https://www.cnrtl.fr/definition/efficace> [consulté le 10 avril 2022]). Dans ce travail, ils peuvent être utilisés comme synonymes.

²¹⁷ LIENHARD (2013), p. 233-234.

²¹⁸ Pour la Confédération, ses tâches sont inscrites dans la Constitution aux art. 54 à 125 Cst.

²¹⁹ Cf. art. 43a al. 5, 170 et 178 al. 1 Cst. ; LIENHARD (2013), p. 224 et 231 ; SCHEDLER/EICHER (2013), p. 383.

²²⁰ MOOR (2005), p. 74.

Cette exigence d'efficience est une caractéristique de l'action administrative. 144
 En effet, certains choix sont faits dans les normes pour produire un « résultat »,
 comme par exemple le maintien de l'ordre public, une politique migratoire
 restrictive ou la protection de l'environnement²²¹. Cependant, des normes
 d'une trop grande densité normative seraient vecteur d'une certaine rigidité –
 ne contenant que des solutions préexistantes – et limiteraient la possibilité de
 l'administration de faire face à toute situation. Or, les autorités administratives
 doivent adapter leurs actions *aux situations singulières* auxquelles elles sont
 confrontées. Pour être couronnées de succès, leurs actions doivent avoir la
 meilleure adéquation possible aux réalités du terrain²²².

Dès lors, pour pouvoir être efficiente, les autorités administratives ont besoin 145
 de ce que MOOR a qualifié d'une certaine *liberté micropolitique*²²³. En quali-
 fiant cette liberté de micropolitique, nous nous plaçons au niveau de l'exercice
 quotidien, concret de la puissance publique – en particulier de la prise de dé-
 cision – et des répercussions qu'elle a sur les personnes intéressées (les admi-
 nistrés)²²⁴. Dans cette acceptation, le terme de *politique* signifie « la part de
 liberté dont jouit, à quelque niveau que ce soit, n'importe quelle instance éta-
 tique, dès lors qu'elle est dotée d'un pouvoir qu'elle peut faire peser sur « ses »
 administrés »²²⁵. Ainsi, nous retiendrons que la micropolitique est l'*autonomie
 de décision* de la puissance publique dans la mise en œuvre concrète²²⁶. La
 mise en évidence de cette dimension micropolitique met en lumière que le
 droit se fait dans le champ de son application²²⁷.

Si, dans l'accomplissement de ses tâches, l'administration a une liberté, elle a 146
 également *une responsabilité politique*²²⁸ ; elle doit effectuer la tâche que la
 loi lui attribue. Le tribunal, lorsqu'il est saisi d'un recours, se doit de contrôler
 si, en poursuivant son objectif d'efficience, l'administration respecte le droit
 et la marge de manœuvre qui lui a été accordée par le législateur²²⁹.

²²¹ MOOR (2013), p. 767 ; MOOR (2005), p. 74.

²²² MOOR (2013), p. 767-768.

²²³ Cette notion que nous reprenons dans la suite de ce travail est développée par PIERRE MOOR
 dans son ouvrage *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005.

²²⁴ MOOR (2010), p. 47 ; MOOR (2005), p. 53 ; micropolitique par opposition à la macropolitique
 qui se positionne au niveau des rapports entre les organes de l'Etat, d'une part et entre l'Etat
 et la société, d'autre part (MOOR (2013), p. 769).

²²⁵ MOOR (2005), p. 53.

²²⁶ MOOR (2013), p. 769 ; MOOR (2010), p. 293.

²²⁷ MOOR (2013), p. 769.

²²⁸ SCHINDLER (2013a), p. 371.

²²⁹ MOOR (2005), p. 75.

- 147 Cela met en avant que ces deux types d'autorités ont *des fonctions et des responsabilités différentes*. En opérant son contrôle, le tribunal ne peut interférer dans la sphère de responsabilité politico-administrative que dans la mesure où le droit le lui permet, à savoir en respectant le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative. Si l'indétermination d'une norme est donnée pour que l'administration puisse opérer une gestion efficace des situations visées, alors le tribunal ne peut intervenir que si l'administration a excédé ou abusé de ce pouvoir²³⁰.
- 148 Les fonctions et les agencements des instances administratives et judiciaires constituent *la prémisse* pour comprendre l'étendue du pouvoir d'examen des autorités judiciaires. En effet, ces dernières ne revoient en général pas l'opportunité d'une décision²³¹ et s'imposent une retenue lorsqu'il s'agit de revoir certaines questions d'appréciation²³².

III. La densité normative

- 149 Nous évoquons d'abord les fondements de la densité normative (point A.). Nous traitons ensuite des liens entre celle-ci et les notions juridiques indéterminées (point B.). Puis, nous examinons pourquoi une certaine indétermination de la norme est parfois nécessaire (point C.). Enfin, nous retraçons la tendance suivie par la densité normative (point D.) et la manière dont il faut aborder ces différents degrés d'indétermination (point E.).

A. Les fondements de la densité normative

- 150 La densité normative (« *die Normdichte* ») donne corps au principe de la légalité²³³ et implique une exigence particulière qu'elle va permettre de mesurer : la norme doit être *suffisamment précise*. La densité d'une norme – sa précision – peut être définie comme le degré dans lequel la norme prédétermine la dimension concrète et individuelle des cas d'espèce qu'elle vise²³⁴. En effet, elle doit avoir un contenu minimal suffisamment clair et transparent pour que son application puisse être prévisible²³⁵. Ces exigences minimales découlent

²³⁰ MOOR (2005), p. 75.

²³¹ Au niveau fédéral, l'art. 95 LTF *a contrario* et, plus généralement, 2^{ème} partie, chap. 3 point II. D.

²³² À cet égard, voir la 2^{ème} partie, chap. 4 sur l'étendue de l'exercice du pouvoir d'examen.

²³³ Celui-ci est traité plus en détail dans la 2^{ème} partie, chap. 1, point II.

²³⁴ MOOR (2005), p. 39.

²³⁵ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1866 ; DUBEY (2018), N 615 ; MOOR (2010), p. 47.

directement des principes constitutionnels de la légalité, de la sécurité du droit ainsi que de l'égalité devant la loi²³⁶.

Cependant, cette exigence de densité n'est *pas absolue*, car on ne saurait exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'indétermination. Cela tient principalement à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme²³⁷. 151

Dès lors, la densité normative ne peut être définie dans l'*abstrait* et dépend de plusieurs facteurs²³⁸ : le premier est celui de la nature des objets à traiter. En effet, certains objets, par la diversité de situations qu'ils règlent, se laissent difficilement conceptualiser, sauf par l'usage de termes plus ou moins indéterminés²³⁹. Deuxièmement, il faut tenir compte de la complexité de la décision à prendre dans le cas concret. Troisièmement, il faut prendre en considération le cercle de ses destinataires ainsi que de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux²⁴⁰. Une atteinte grave exige en principe une base légale formelle, claire et précise (cf. art. 36 al. 1 et 164 al. 1 Cst.²⁴¹), alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi ou trouver leur fondement dans une clause générale²⁴². À cet égard, la gravité de l'atteinte est une notion juridique indéterminée qui, pour la définir, nécessite une approche casuistique²⁴³. 152

À l'inverse, en matière de fourniture de prestations (ou administration des prestations), les exigences requises sont moindres, en particulier concernant les modalités concrètes desdites prestations²⁴⁴. Cela peut paraître contradictoire puisque les points essentiels de cette matière se situent au niveau de ses modalités d'application. Dès lors, il peut en résulter des problèmes au niveau du respect du principe de l'égalité de traitement et de l'objectivité des critères d'attribution²⁴⁵. 153

²³⁶ ATF 123 I 112, consid. 7a ; SCHOCH (1984), p. 5-6.

²³⁷ ATF 132 I 49, consid. 6.2 et 123 I 112, consid. 7a ; TF 2C_863/2017 du 19 juillet 2018, consid. 3.3 et 2C_858/2015 du 17 février 2015, consid. 2.1.

²³⁸ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 675-676 ; TANQUEREL (2018), N 478.

²³⁹ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 677.

²⁴⁰ ATF 132 I 49, consid. 6.2.

²⁴¹ L'art. 127 al. 1 Cst. traite expressément de l'exigence de la base légale en droit fiscal.

²⁴² ATF 123 I 112, consid. 7a ; DUBEY (2018), N 622-624.

²⁴³ MALINVERNI ET AL. (2021a), N 195.

²⁴⁴ ATF 141 V 688, consid. 4.2.2 ; TSCHANNEN (2008), N 83.

²⁴⁵ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1882-1883.

B. La densité normative et les notions juridiques indéterminées

- 154 Le principal enjeu relatif à la densité normative – qui est d’abord de la responsabilité du législateur – est celui du *caractère déterminé des notions juridiques*. Il existe plusieurs degrés de détermination. D’un côté, nous trouvons les notions juridiques déterminées. De l’autre côté, il y a les notions juridiques indéterminées, qui offrent à l’autorité une latitude de jugement. Entre ces deux extrêmes se trouve la majorité des notions juridiques, qui contiennent un certain degré d’indétermination²⁴⁶.
- 155 Une norme a une *densité normative élevée* si son extension peut être déterminée lors de sa lecture abstraite, à savoir lorsque son application concrète est la reproduction du sens déjà défini dans l’abstrait²⁴⁷. À cet extrême se trouvent les notions déterminées qui éliminent toute situation équivoque, comme l’article 14 du Code civil (CC)²⁴⁸ qui prévoit que la majorité est fixée à 18 ans révolus. Les paramètres qui définissent le programme normatif²⁴⁹ des notions déterminées sont identiquement reproductibles dans chaque situation particulière et leur constatation est immédiate²⁵⁰.
- 156 Cependant, sur l’ensemble de l’ordre juridique ces notions *sont plutôt rares* et se retrouvent principalement dans les données quantitatives – telles que l’art. 14 CC ou les limitations de vitesse dans le domaine de la circulation routière – ou dans les données attestées par un acte administratif, par exemple l’état civil de la personne ou son statut de résidence²⁵¹.
- 157 Au contraire, plus la situation factuelle pose problème quant à sa qualification univoque, comme cas de la norme générale, et plus *la densité* de cette dernière est *faible*. Cela a pour conséquence que le droit écrit n’est plus tout le droit : il y a du juridique en dehors de la loi²⁵².
- 158 Les situations les plus fréquentes sont celles où les normes contiennent un *certain degré d’indétermination*²⁵³ : la notion générale donne une ligne directrice dont la signification concrète ne peut être précisée que par rapport à la configuration particulière des faits. Dans ce cas de figure, il s’agit, pour le législateur, de trouver *l’équilibre* qui convient entre détermination et

²⁴⁶ MOOR (2010), p. 117-124.

²⁴⁷ MOOR (2005), p. 64.

²⁴⁸ Art. 14 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

²⁴⁹ On entend par programme normatif, l’inventaire des paramètres composant les normes (MOOR (2010), p. 124).

²⁵⁰ MOOR (2010), p. 118-119.

²⁵¹ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 138 ; MOOR (2010), p. 119.

²⁵² BAILLEUX/OST (2013), p. 28 ; MOOR (2005), p. 64-65.

²⁵³ MOOR (2005), p. 67 ; RHINOW (2017), p. 86.

indétermination. Pour les autorités d'application, il s'agit de procéder à un travail interprétatif de particularisation qui permet d'intégrer les circonstances particulières dans les paramètres du programme normatif²⁵⁴.

Selon RHINOW, l'expression notion juridique indéterminée est malheureuse, car une délimitation stricte d'avec les notions juridiques déterminées apparaît impossible. Selon lui, il faudrait lui préférer l'expression « *Delegationsbegriff* ». En effet, en présence de telles notions, le législateur a « planifié » une indétermination en renonçant à donner l'élément *a priori* abstraitement isolable de la configuration singulière. Dès lors, il va falloir procéder à un travail d'interprétation et d'application pour que le rapport à la norme soit établi²⁵⁵. 159

C. La détermination de la densité normative

Pour respecter les principes constitutionnels, une *densité minimale doit être garantie*. Le seuil de celle-ci varie en fonction de plusieurs paramètres (N 150). Le législateur doit ainsi respecter certaines exigences lorsqu'il élabore son programme normatif. Le choix dans la formulation dépend donc du degré de liberté argumentative que l'auteur du texte normatif veut – ou doit – accorder à l'autorité d'application (N 151-153)²⁵⁶. 160

Le choix du degré d'indétermination est dicté par ce que la norme vise dans la réalité et le résultat qu'elle veut y atteindre²⁵⁷. Si certaines normes peuvent contenir un programme normatif très clair (comme la majorité telle que prévue à l'art. 14 CC), ce n'est pas le cas pour la majorité d'entre elles. À cet égard, une certaine indétermination peut s'avérer *nécessaire* pour que l'autorité d'application puisse, d'une part, adopter un comportement efficace²⁵⁸ et flexible, lui permettant de s'adapter aux changements de circonstances, à l'évolution des problèmes techniques et scientifiques ainsi qu'à l'évolution de la société²⁵⁹ et, d'autre part, prendre en considération les circonstances particulières du cas d'espèce dans la concrétisation de certaines notions²⁶⁰. 161

²⁵⁴ MOOR (2010), p. 157.

²⁵⁵ RHINOW (2017), p. 86-87.

²⁵⁶ MOOR (2010), p. 123.

²⁵⁷ MOOR (2010), p. 124.

²⁵⁸ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 678.

²⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 391.

²⁶⁰ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET prennent comme exemple la notion de « beauté », MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 739.

162 Enfin, la présence de notions juridiques indéterminées permet au système juridique de « concilier l'impératif de la répétition et celui de l'innovation – de la stabilité et de l'évolution »²⁶¹. Dans ce contexte, le terme d'*innovation* est utilisé parce que la norme particulière enrichit la norme générale d'un nouvel aspect (innovant) : la norme générale n'avait jusque-là rien dit à ce sujet et on ne savait pas ce qu'elle avait à en dire. Il y a donc un mouvement constant, entre la norme particulière et la norme générale, qui représente le travail juridique²⁶².

D. L'évolution de la densité normative

163 Comme nous l'avons exposé dans la partie relative au principe de la séparation des pouvoirs, tout acte de puissance publique doit être basé sur une norme (art. 5 al. 1 Cst. ; N 136). Or, depuis le milieu du XX^{ème} siècle, les activités administratives se sont *multipliées* et *complexifiées*. Certaines ne peuvent plus être – du moins complètement – décrites dans une norme générale et abstraite, car elles demandent une certaine technicité et adaptabilité²⁶³ ou dépendent intrinsèquement des circonstances du cas d'espèce et ne sont donc pas reproductibles. Tel est en particulier le cas dans le domaine de l'écologie ou de l'aménagement du territoire et de la planification (tracé d'une route, construction d'un barrage, défrichement d'une forêt) où les rapports entre le projet et l'espace sont à chaque fois différents²⁶⁴. Cela a pour conséquence que l'activité de l'Etat n'est plus que partiellement légitimée par l'ordre normatif et la loi a une fonction de cadre : elle donne la compétence, pose les objectifs et définit les valeurs à respecter²⁶⁵.

164 Dès lors, si les normes ont quantitativement augmenté²⁶⁶, leur densité a plutôt diminué²⁶⁷. En effet, les domaines où la loi autorise l'autorité à agir sont devenus de plus en plus nombreux, alors que les règles qui sont censées diriger son action sont de moins en moins prescriptives²⁶⁸.

²⁶¹ MOOR (2010), p. 117.

²⁶² MOOR (2010), p. 158.

²⁶³ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 447.

²⁶⁴ TSCHANNEN (2019), p. 309.

²⁶⁵ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 448 et 607.

²⁶⁶ LINDER (2017), p. 201 et 207.

²⁶⁷ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 448 ; TANQUEREL (2018), N 620.

²⁶⁸ MOOR (2001), p. 323.

Cette tendance à la diminution de la densité normative *augmente* proportionnellement *le pouvoir d'appréciation* de l'administration²⁶⁹. En effet, cette dernière a une latitude de jugement importante dans l'application de notions juridiques indéterminées ou une liberté d'appréciation pour appliquer des normes programmatiques ou encore des principes qui impliquent une pesée des intérêts²⁷⁰. 165

Cette nouvelle réalité ressort également, en partie, d'un *compromis pré-parlementaire* qui pousse le législateur à laisser les points controversés d'une législation en suspens, en les exprimant à travers des notions juridiques indéterminées, qui ne reçoivent un sens précis que lors de leur application concrète²⁷¹. Cette problématique met en avant l'important travail fait en amont des débats parlementaires concernant la législation. En effet, en plus d'un droit d'initiative (cf. art. 181 Cst.), le Conseil fédéral joue un rôle important dans l'élaboration des lois et donc de leur densité normative puisqu'il dirige la phase pré-parlementaire d'élaboration des projets²⁷². 166

Cependant, cette diminution de la densité normative peut s'avérer problématique du point de vue de la fonction même des lois qui est de donner une *légitimité démocratique* à la matière et de garantir la *prévisibilité du droit*²⁷³. 167

E. Les compensations à la diminution de la densité normative

La diminution de la densité normative, en accordant un plus grand pouvoir d'appréciation à l'autorité (N 165), ouvre la porte à des abus ou des excès de la part de cette dernière. Dès lors, afin de limiter ce risque, elle demande des *compensations* qui peuvent s'exprimer sous plusieurs formes²⁷⁴. 168

D'abord, elles peuvent prendre la forme d'un *renforcement des garanties de procédure* lors de la phase d'application de la norme, que ce soit à travers les différentes composantes du droit d'être entendu, la généralisation du droit de recourir ou le respect des principes généraux du droit (en particulier, intérêt public, proportionnalité et interdiction de l'arbitraire)²⁷⁵. 169

²⁶⁹ GAVILLET (2018), N 263-264.

²⁷⁰ TANQUEREL (2018), N 620.

²⁷¹ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1894.

²⁷² MAHON PASCAL, art. 181 Cst., N 5.

²⁷³ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 447 ; TSCHANNEN (2019), p. 310.

²⁷⁴ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 450-452 ; TANQUEREL (2018), N 620 ; TSCHANNEN (2019), p. 310.

²⁷⁵ ATF 132 I 49, consid. 6.2 ; MALINVERNI ET AL. (2021), N 1868-1869 ; MOOR (2001), p. 325 ; TANQUEREL (2018), N 479 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 35.

- 170 Ensuite, un autre moyen de compenser le pouvoir d'appréciation est d'exiger une certaine *transparence* de la part de l'autorité, qui s'exprime notamment à travers une motivation accrue²⁷⁶. Cette exigence est importante car, d'une part, elle discipline l'autorité dans sa prise de décision et, d'autre part, permet *a posteriori* de mieux comprendre le cheminement argumentatif qui a guidé la prise de décision²⁷⁷.
- 171 Enfin, ces compensations peuvent également être plus *spécifiques à une matière ou à une procédure*. Tel est par exemple le cas en droit de l'aménagement du territoire. En effet, la loi sur l'aménagement du territoire (LAT)²⁷⁸ exige, d'une part, que les autorités se coordonnent (art. 25a LAT) et, d'autre part, structure le processus de planification en séquences de décisions²⁷⁹ qui aident les autorités à se structurer pour surmonter les difficultés inhérentes à certaines tâches à incidence spatiale²⁸⁰. Tel est également le cas lorsque l'administré a la possibilité de former une opposition auprès de l'autorité qui a statué en premier lieu (N 141). Cette possibilité a pour avantage, en particulier dans les domaines de l'administration de masse (par exemple droit fiscal ou des assurances sociales), que l'autorité a le même pouvoir d'examen que lorsqu'elle a statué en premier lieu et qu'elle fournisse une motivation plus approfondie dans la décision sur opposition que dans la décision initiale²⁸¹.

IV. Le processus de mise en œuvre du droit

- 172 Nous nous intéressons ici au processus de mise en œuvre du droit (point A.). Ensuite, nous nous penchons sur son interprétation (point B.). Enfin, nous examinons les différents schémas argumentatifs employés lors de son application (point C.).

²⁷⁶ Les exigences relatives à la motivation sont examinées plus en détail dans la 2^{ème} partie, chap. 2, point IV. B. et le chap. 3, point II. C. 4.

²⁷⁷ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 452.

²⁷⁸ Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979, RS 700.

²⁷⁹ Par exemple : « plan directeur – plan d'affectation – permis de construire » et « plan sectoriel – approbation des plans », cf. TSCHANNEN (2019), p. 310.

²⁸⁰ TSCHANNEN (2019), p. 310.

²⁸¹ DÉFAGO GAUDIN (2013), p. 182 ; l'exigence de motivation dans le domaine de l'administration de masse est abordé ci-après dans la 2^{ème} partie, chap. 2, point IV. B. 2.

A. La mise en œuvre du droit

1. La démarche

Le droit a pour fonction d'attribuer des significations impératives. Cependant, il a une texture ouverte, ce qui entraîne la possibilité d'une pluralité de sens. En effet, les textes applicables au domaine juridique se caractérisent souvent par leur indétermination²⁸². Cela implique, par exemple, qu'en présence d'une notion juridique indéterminée, la signification de la norme ne peut être immédiatement dégagée. Cette indétermination est relevée au moment de son application, « lorsque le programme normatif est confronté à une situation concrète mais que ses éléments ne permettent pas de produire immédiatement une norme individuelle apte à mettre en relation univoque cette situation et la norme générale »²⁸³. 173

Dès lors, il va falloir passer par plusieurs étapes – d'interprétation et d'argumentation – pour arriver au résultat final de la décision. C'est ce travail juridique que nous allons retranscrire dans les lignes suivantes. 174

2. Le présupposé : le texte de la norme

Le droit est véhiculé à travers les normes, rédigées sous forme de textes, eux-mêmes composés de mots. Ces normes fournissent les critères d'évaluation de la conformité au droit d'un comportement individuel. Elles présentent un schéma décrivant une réalité typifiée par des notions générales²⁸⁴. Cependant, il est très rare que le sens des normes puisse être dégagé à la première lecture du texte. Cela n'est possible que lorsque celui-ci présente une formalisation univoque des paramètres à appliquer concrètement, c'est-à-dire qu'il présente des notions déterminées sous l'angle de leur densité normative (N 155). Dans les autres cas, majoritaires, il faut *interpréter* et *appliquer* les notions employées par le texte (N 158). Dès lors, les autorités vont stabiliser la norme dans une formulation choisie, parmi toutes les potentialités qu'ouvre le texte. Ainsi, elles produisent la norme dans le cadre normatif dessiné par le texte²⁸⁵. 175

L'indétermination des textes normatifs servant de référence implique un travail d'interprétation qui doit permettre de *produire une norme particulière* en fonction des caractéristiques du cas, en référence au texte général. Ce 176

²⁸² MOOR (2010), p. 157.

²⁸³ MOOR (2010), p. 157-158.

²⁸⁴ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 127 ; MOOR (2010), p. 117.

²⁸⁵ MOOR (2010), p. 71-72.

processus est nécessaire afin de connaître dans le concret la signification de notions juridiques déterminées dans l'abstrait. Le jugement rendu rétroagit ensuite sur la notion abstraite²⁸⁶.

- 177 Dès lors, il faut distinguer entre le *texte* de la règle et son *sens*. À moins d'être modifié par la procédure prévue à cet effet, le texte est intangible. Le sens, qui est affaire d'interprétation, peut évoluer. La précédente interprétation peut être réinterprétée, amenant à une précision ou un revirement de la jurisprudence. Cette distinction permet au système d'évoluer et de rester en adéquation avec la société dans laquelle il évolue tout en conservant le même texte. Dès lors, une méthodologie suffisamment flexible par rapport à l'interprétation et à l'application des règles doit être possible afin de permettre cette évolution du sens de la règle²⁸⁷.

3. La transposition de la norme dans une décision

- 178 Selon MOOR, la structure du jugement peut être décomposée en quatre parties, exposées sous la forme du récit d'une histoire. Premièrement, il y a le *récit procédural* qui raconte le déroulement de la procédure et les opérations à l'issue desquelles le jugement va être rendu (par exemples mesures provisionnelles, administration des preuves)²⁸⁸.
- 179 Deuxièmement, il y a le *récit factuel* qui raconte une histoire – une succession d'évènements – qui a pour référence la situation factuelle de la cause. Sa fonction est de reconstituer, dans la mesure du possible, ce qui s'est réellement passé, en particulier les faits pertinents pour l'application des textes normatifs topiques²⁸⁹. Ces deux étapes – qui peuvent d'ailleurs être interverties ou ne pas être distinctes sans que cela ne nuise au cas – constituent la première partie du récit judiciaire²⁹⁰.
- 180 Troisièmement, vient la *partie juridique* (« considérants en droit ») qui motive la solution apportée au cas par l'ordre juridique. Elle établit la norme particulière servant à régler le litige et sa relation avec la norme générale. Les différents éléments sont discutés, opposés, conciliés jusqu'à arriver à la conclusion. Le juge donne sa lecture des textes normatifs²⁹¹.

²⁸⁶ MOOR (2010), p. 73.

²⁸⁷ MERZ (2007), N 18-20 ; MOOR (2010), p. 115-116.

²⁸⁸ MOOR (2010), p. 84.

²⁸⁹ MOOR (2010), p. 91.

²⁹⁰ MOOR (2010), p. 84.

²⁹¹ MOOR (2010), p. 84.

Finalement, vient le *dispositif* qui contient l'énoncé du droit reconnu ou de l'obligation imposée à l'une des parties à la procédure. Le dispositif constitue la conséquence de ce droit dans le cas d'espèce et clôt le récit procédural. Le juge rend le jugement définitif, sous réserve d'une contestation devant l'instance supérieure²⁹². 181

L'esquisse de ces quatre étapes correspond au récit judiciaire et non *pas à la chronologie* de la démarche suivie pour aboutir au dispositif. Ce récit ne permet que partiellement de reconstituer le processus intellectuel qui a été déployé pour arriver au dispositif²⁹³. En effet, dans la pratique, la démarche est différente. Elle se fait par approximations successives et par circulation entre la dimension factuelle et juridique – entre la détermination des faits pertinents et celle du droit applicable. Une première analyse de la situation factuelle donne une première version de l'histoire qui va permettre de rechercher le texte normatif. Commence alors le travail de production de la norme particulière dont la signification correspondrait à l'histoire. Les deux vont être élaborés, travaillés jusqu'à ce que la norme particulière puisse servir de cas à l'histoire. Parfois le résultat peut être négatif et il faudra alors recommencer le processus avec une autre norme²⁹⁴. 182

Une fois ces étapes accomplies, le juge passe à la rédaction de son jugement²⁹⁵. Dans ce dernier, on ne voit donc que l'*apparence d'un produit fini*, ce qui paraît nécessaire pour justifier la stabilité de la norme dans la continuité de la jurisprudence. Le texte du jugement efface également les hésitations des opérations de découverte²⁹⁶. 183

Si MOOR, en parlant de jugement, fait référence au travail du juge, nous considérons que ces développements peuvent être compris, par extension, pour l'ensemble du processus décisionnel. En effet, si l'aspect formel des décisions administrative diffère, ces dernières comportent les mêmes rubriques, à savoir un récit procédural et factuel, une partie en droit et un dispositif. 184

²⁹² MOOR (2010), p. 85.

²⁹³ MOOR (2010), p. 86.

²⁹⁴ MOOR (2010), p. 87.

²⁹⁵ AUER (1986), p. 205-206 ; MOOR (2010), p. 86-87.

²⁹⁶ MOOR (2010), p. 271.

B. L'interprétation du droit

1. La notion d'interprétation

- 185 L'interprétation est utilisée dans de nombreuses disciplines scientifiques telles que la psychologie, l'anthropologie, la chimie ou encore l'économie. Elle n'est donc pas un acte propre au domaine juridique²⁹⁷. Cela nous amène à nous interroger sur ce qu'est l'interprétation en droit et quelles sont ses particularités. En lien avec la délimitation de notre sujet de recherche, nous nous intéressons à la question de l'interprétation par les autorités, en particulier lorsqu'elles sont au bénéfice d'une marge de manœuvre, dans le processus décisionnel (N 13).
- 186 Dans le domaine juridique, nous parlons d'interprétation, lorsqu'une autorité *attribue un sens* à une norme en vue de son application²⁹⁸. Cependant, il ne s'agit pas de simplement découvrir un sens préexistant, mais de trouver la signification qui, dans la limite des méthodes d'interprétation reconnues, est la plus adaptée au contexte juridique et à la situation de fait. Dès lors, dans cette acceptation, l'interprétation est une activité *de création et de légitimation* de la loi qu'elle concerne²⁹⁹.
- 187 Pour l'autorité procédant à cette opération, interpréter consiste à substituer une définition qu'elle formule elle-même aux termes donnés dans le texte original de la norme. Ces opérations de définition permettent de *clarifier la signification* du texte normatif dans le but d'unifier la pratique. Ceci est d'autant plus nécessaire en droit administratif où, une codification de la matière étant manquante, il faut y pallier par d'autres moyens comme l'interprétation³⁰⁰.
- 188 Le droit administratif se caractérise par le fait que l'interprétation des normes n'est pas réservée aux autorités judiciaires, mais *incombe d'abord à l'administration*. C'est cette dernière qui, en première instance, attribue du sens à la norme. Cependant, si l'administration doit appliquer le droit, elle rend un nombre important de décisions, ce qui ne lui permet pas de procéder aux mêmes approfondissements et réflexions que les autorités judiciaires. En outre, elle est guidée par des considérations d'ordre politique et d'efficacité (N 143ss). Tel est particulièrement le cas lorsque la mise en œuvre de la norme lui octroie une marge de manœuvre qui demande des connaissances

²⁹⁷ AMMANN (2020), p. 45.

²⁹⁸ AMMANN (2020), p. 48 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016), N 480.

²⁹⁹ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 389.

³⁰⁰ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 387 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 176.

locales ou techniques, une pesée des intérêts ou qu'elle lui accorde une liberté d'appréciation³⁰¹.

Enfin, l'administration doit également garantir une *interprétation uniforme* du droit. Cela est important tant pour assurer une politique administrative cohérente que l'égalité de traitement entre les citoyens. Dès lors, pour assurer cette cohérence, l'administration se fonde en particulier sur les ordonnances administratives, aussi appelées « pratique administrative »³⁰². Selon GAVILLET, la pratique administrative exprime la manière dont une autorité administrative *fait usage du pouvoir d'appréciation* qui lui est octroyé par la réglementation dans un cas donné³⁰³. Elle est d'autant plus fréquente dans les domaines contenant des dispositions à faible densité normative, pour lesquelles il est nécessaire d'avoir des directives sur la façon d'interpréter les *notions juridiques indéterminées*³⁰⁴. Elle doit donc avoir un caractère reproductible et pouvoir être appliquée à un nombre indéterminé de cas individuels et concrets³⁰⁵. 189

2. La nécessité de l'interprétation

Partout où le sens de la norme n'est pas clair ou qu'un doute subsiste de savoir si un intitulé apparemment clair restitue le sens véritable de la norme, l'interprétation est nécessaire³⁰⁶. Les raisons de ce manque de clarté se trouvent, d'une part, dans les insuffisances du langage lui-même et, d'autre part, car il est difficile d'envisager tous les cas futurs possibles, ce qui demande une certaine souplesse dans la formulation³⁰⁷. *A contrario*, une autorité ne peut pas interpréter une disposition dont le sens est clair sous peine de tomber dans l'arbitraire³⁰⁸. 190

C'est d'ailleurs par le biais de l'interprétation qu'il pourra être déterminé si, et dans quelle mesure, l'autorité *dispose d'une marge de manœuvre* dans les normes à appliquer³⁰⁹. C'est également par interprétation que l'on peut déterminer si la loi contient une lacune pour laquelle l'autorité doit faire acte de 191

³⁰¹ TANQUEREL (2018), N 426.

³⁰² TANQUEREL (2018), N 427.

³⁰³ GAVILLET (2018), N 258.

³⁰⁴ MALINVERNI ET AL. (2021), N 1894.

³⁰⁵ GAVILLET (2018), N 276ss.

³⁰⁶ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 392 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 175.

³⁰⁷ AMMANN (2020), p. 177 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 175.

³⁰⁸ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 391.

³⁰⁹ ATAF 2015/2, consid. 4.3 ; TSCHANNEN (2008), N 109.

création juridique, de manière analogue à ce qui est prévu par l'art. 1 al. 2 CC³¹⁰.

- 192 Les normes présentant un programme normatif faible étant les plus nombreuses, l'interprétation est une partie importante du travail du juriste (N 154-157). Elle est intimement liée à la phase d'application du droit. En effet, la phase d'application de la norme est aussi celle du syllogisme juridique et de la question de savoir si la mineure est un cas d'application de la majeure. Si la relation entre les deux ne peut être donnée *a priori*, il faut argumenter pour éliminer cette incertitude car si la solution convainc elle ne s'impose pas. C'est le rôle de l'autorité qui va trancher et rendre une décision³¹¹.

3. Les différentes méthodes d'interprétation

- 193 Dans la plupart des cas, le sens de la norme n'est pas immédiatement donné. L'interprétation de celle-ci s'avère donc nécessaire (N 175). Cette opération consiste à donner du sens à la norme abstraite dans le cas particulier et ainsi réduire la distance entre l'abstrait et le concret du cas d'espèce³¹².
- 194 L'ordre juridique reconnaît plusieurs méthodes d'interprétation (*pluralisme méthodologique*³¹³), sans hiérarchie entre elles³¹⁴. La première méthode est celle de l'*interprétation littérale* (ou grammaticale) qui interprète le texte selon sa lettre³¹⁵. Il y a ensuite l'*interprétation historique* qui se réfère aux circonstances dans lesquelles le texte a été élaboré et adopté, retraçant les intentions du législateur³¹⁶. Puis, il y a l'*interprétation téléologique* qui détermine le sens de la norme par rapport à son but, son esprit ou les valeurs sur lesquelles elle repose³¹⁷. Enfin, il y a l'*interprétation systématique* qui se base sur le contexte juridique de la norme³¹⁸.
- 195 En pratique, ces différentes méthodes sont toutes utilisées par les tribunaux. Cette manière de faire est qualifiée de « *pluralisme pragmatique* », permettant de rechercher le sens véritable de la norme³¹⁹. Elle est orientée de manière à

³¹⁰ ATF 140 II 289, consid. 3.1 et 135 II 1, consid. 3.5.

³¹¹ MOOR (2010), p. 267.

³¹² PICHONNAZ (2013), p. 137.

³¹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 178 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (2013), N 2.182.

³¹⁴ AMMANN (2020), p. 122.

³¹⁵ GRISEL (1984), p. 141 ; TANQUEREL (2018), N 429.

³¹⁶ ATAF 2010/16, consid. 4.2 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 128.

³¹⁷ TANQUEREL (2018), N 429.

³¹⁸ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 129.

³¹⁹ ATF 145 IV 17, consid. 1.2 ; ATAF 2010/16, consid. 4.2 ; TANQUEREL (2018), N 430.

trouver une solution dans le cas d'espèce³²⁰. En ne définissant pas un ordre de priorité entre les méthodes, les tribunaux se laissent une marge afin de les pondérer pour arriver au résultat retenu. Cependant, des difficultés relatives à ces méthodes d'interprétation peuvent apparaître lorsqu'elles donnent des résultats divergents³²¹.

Si plusieurs interprétations d'une norme sont admissibles, il faut faire prévaloir celle qui est (la plus) *conforme au droit supérieur* et en particulier à la Constitution et au droit international public (par exemple à la CEDH)³²². Toutefois, cette interprétation conforme trouve ses limites avec le texte clair des lois fédérales immunisées d'une non-application par l'art. 190 Cst. (N 138)³²³. Dès lors, il est parfois nécessaire de se tourner vers les schémas argumentatifs externes pour lever toute indétermination (cf. *supra*, N 204ss).

C. Les schémas argumentatifs et l'application du droit

1. La problématique

Selon MOOR, deux points de vue peuvent être adoptés lorsqu'il s'agit d'envisager la motivation d'une décision. Il y a d'abord le processus de *délibération interne* de la personne rendant la décision qui est motivé par des éléments affectifs, culturels, idéologiques, dans lesquels elle comprend la société et se comprend elle-même, comme individu et dans sa fonction. C'est sur la base de ces représentations qu'elle va rechercher une solution au cas. Il y a ensuite la motivation comprise comme *argumentation* par laquelle l'autorité explique sa décision, en montrant comment elle s'intègre dans l'ordre juridique et donc pourquoi elle est justifiée. Dans ce second aspect, le terme motivation est compris dans un sens technique ; l'ordre juridique exigeant que toute décision soit motivée. C'est cette motivation qui va permettre au lecteur de comprendre la décision rendue et d'être convaincu de son bien-fondé³²⁴.

L'appréhension juridique d'une situation factuelle demande un travail consistant à construire une argumentation qui assure l'intégration de la norme particulière dans l'ordre juridique. La personne en charge de la décision ne peut se retrancher derrière une absence d'argumentation convaincante ; elle doit trancher le cas, sous peine de commettre un déni de justice. Dès lors, il faut une

³²⁰ AMMANN (2020), p. 123.

³²¹ MOOR (1998), p. 614 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 132-133.

³²² DUBEY (2018), N 937 ; TANQUEREL (2018), N 436.

³²³ DUBEY (2018), N 938 ; TANQUEREL (2018), N 437.

³²⁴ MOOR (2010), p. 269-270 ; MOSIMANN (2013), N 32.

certaine liberté dans la recherche des arguments. Cette liberté n'est pas pour autant arbitraire et des limites lui sont posées. Elle doit être orientée par les textes et être recevable socialement. Puisque plusieurs arguments – potentiellement divergents – sont possibles (rationalité bifurquée), une autre limite apparaît dans la nécessité de justifier la mise à l'écart de ce qui, finalement, n'est pas retenu³²⁵.

- 199 Pour ce faire, il existe deux catégories de schémas : les *schémas argumentatifs internes*, dérivés de la textualité du droit elle-même et les *schémas argumentatifs externes*, importés par l'autorité à partir de l'univers des représentations sociales. Ces derniers ne peuvent intervenir que dans la mesure où ils peuvent être internalisés, à savoir rattachés aux programmes normatifs de ces textes. La motivation de la décision va donner à l'ensemble des argumentations retenues une structure cohérente qui justifiera également pourquoi certains éléments n'ont pas été retenus³²⁶. La décision marque le moment où la personne en charge décide que la motivation est suffisamment rationalisée – même si une marge d'incertitude subsiste – et qu'elle va donc pouvoir trancher³²⁷. Il est important que cette argumentation soit solide et convaincante, car c'est ce qui va permettre aux personnes concernées d'accepter ou contester la décision³²⁸.

2. Les schémas argumentatifs internes

- 200 Les schémas argumentatifs sont dits internes car ils sont proprement juridiques, à savoir qu'ils sont tous relatifs aux textes normatifs et à eux seuls. Ils donnent du sens à un texte en se référant à d'autres textes (*transtextualité*)³²⁹. Ils sont mis à jour à travers les méthodes d'interprétation (N 193) qui sont suffisamment différenciées pour être en mesure de révéler tout ce que les textes eux-mêmes peuvent offrir comme ressources argumentatives. Si ces derniers ne permettent pas de lever toute l'indétermination, ils donnent les paramètres à prendre en considération³³⁰. Il en existe plusieurs catégories :
- 201 - Il y a d'abord le schéma basé sur le programme normatif du texte topique (*intratextualité*). Il s'analyse par l'examen des significations lexicales et syntaxiques, par référence aux usages de la langue ordinaire. Suivant le caractère déterminé des notions et la précision du

³²⁵ MOOR (2010), p. 271-272.

³²⁶ MOOR (2010), p. 272-273.

³²⁷ MOOR (2010), p. 291.

³²⁸ Concernant la motivation de la décision, cf. 2^{ème} partie, chap. 2 point IV. B. pour l'autorité administrative et chap. 3 point V. C. et chap. 4 point IV. C. pour les autorités de recours.

³²⁹ MOOR (2010), p. 273.

³³⁰ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 142.

programme normatif, cette interprétation peut s'avérer suffisante, ce qui est toutefois rarement le cas en pratique. Cependant, l'analyse du texte fournit, en proportion de sa densité normative, un cadre limitatif³³¹.

- Ensuite, il arrive qu'il faille également se référer aux programmes normatifs des autres normes qui peuvent influencer l'application de la norme topique (*intertextualité*). Cette exigence de coordination entre les textes inspire la méthode d'interprétation systématique³³². 202
- Enfin, il peut être fait référence à la jurisprudence antérieure. Sur cette base, il faudra argumenter en quoi il y a une analogie, amenant à la reprise de la norme particulière précédente, ou une différence, amenant à adopter une nouvelle norme particulière. Il faut donc construire une chaîne d'argumentation guidée par des éléments externes à la norme (*hypertextualité*)³³³. 203

3. Les schémas argumentatifs externes

Dans certains cas, les schémas argumentatifs internes se révèlent insuffisants à parfaire une argumentation. Ils débouchent sur une *rationalité bifurquée*. Cela implique que les cheminements argumentatifs laissent ouverts plusieurs possibilités de solution. Dès lors, une argumentation supplémentaire est nécessaire. L'ordre juridique recourt alors à des schémas argumentatifs externes qui remplissent les lacunes de l'espace sémantique présentes dans les textes. De ce point de vue, ils assurent la communication entre le monde normatif et son environnement social. C'est en internalisant ces schémas utilisés dans son discours de légitimation que l'autorité les rend juridiques³³⁴. Sans prétention à l'exhaustivité, voici des exemples de schémas argumentatifs externes : 204

- une première catégorie de schémas argumentatifs externes est celle des *représentations sociales* (usages, généralisations, typifications de comportement usuels). Ces dernières véhiculent une certaine image des comportements jugés généralement normaux ou ordinaires. En outre, elles sont corrélatives de valeurs socialement reconnues et construites, suffisamment en tout cas pour pouvoir être reprises dans l'ordre juridique. Cela est important car l'acceptabilité du droit comme système impératif ne dépend pas seulement de la conformité 205

³³¹ MOOR (2010), p. 273-274.

³³² MOOR (2010), p. 274.

³³³ MOOR (2010), p. 275.

³³⁴ MOOR (2010), p. 280-281 et 296.

(interne) des décisions aux textes et aux normes, elle dépend également de la conformité (externe) des schémas argumentatifs utilisés aux représentations sociales. On peut parler à cet égard de double légitimation – juridique et sociale³³⁵.

206 - une autre catégorie est celle des *savoirs techniques*, à laquelle il est de plus en plus fait recours. En effet, les cas d'espèce se spécialisent et se complexifient. Généralement, l'autorité suit les conclusions des experts, qu'elle reprend pour la qualification juridique³³⁶.

207 - une autre encore est liée à des *considérations d'efficacité* de la mise en œuvre et de la gestion administrative des législations. C'est sous cet angle que les évaluations politiques peuvent faire leur entrée dans l'argumentation³³⁷.

208 MOOR n'inclut pas dans cette liste de schémas externes celui de « *l'univers mental du juge* ». Il explique cela de la manière suivante : aucune lecture n'est complètement neutre et il ne s'agit donc pas d'un schéma argumentatif proprement dit tant que le juge ne l'intègre pas explicitement. Ce dernier a une précompréhension (« *Vorverständnis* ») du droit et surtout une précompréhension sociopolitique de la société en général. Le juge n'est pas seulement une fonction, il est également un être humain. Il juge aussi en fonction de sa situation sociale, de son bagage culturel, de son idéologie politique, de sa conviction religieuse³³⁸. Ces précompréhensions restent sous-jacentes dans le discours juridique du juge qui peut en être conscient ou non, les maîtriser ou non, les juger légitimes ou tenter d'en faire abstraction. Cependant, que l'on considère que cette précompréhension – ce projet anticipant de solution du litige – ait une influence, n'a une portée juridique que si l'on conteste parallèlement la pertinence des schémas argumentatifs explicitement exposés au regard du programme normatif de référence³³⁹.

4. L'application du droit au cas d'espèce

209 Après la phase d'interprétation et d'argumentation vient celle de l'application. Ces *différentes phases* sont liées puisque c'est au moment de l'application que l'on se rend compte si une norme pose des difficultés de définition qui ne permettent pas de résoudre directement le litige et qui demandent de passer par

³³⁵ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 143 ; MOOR (2010), p. 283 et 296-297.

³³⁶ MOOR (2010), p. 284.

³³⁷ MOOR (2010), p. 285.

³³⁸ AUER (1986), p. 209.

³³⁹ AUER (1986), p. 205-206 ; MOOR (2010), p. 285-287.

un travail d'interprétation et d'argumentation. Il faut alors redéfinir la norme pour voir si l'affaire en cause en est un cas d'application ou non. Le sens de la norme évolue donc au fur et à mesure de ses applications et chaque nouvelle application apporte une densité supplémentaire à la norme (N 162)³⁴⁰.

Les difficultés dans l'application des normes se posent en particulier en présence de *notions juridiques indéterminées*. Elles peuvent paraître claires à comprendre dans l'abstrait, mais il s'avère, au moment de l'application, que tel n'est pas le cas (N 158)³⁴¹. En présence de telles notions, la solution n'est pas donnée *a priori* : il faut un cheminement argumentatif propre à justifier la solution qui sera retenue, un travail de détermination qui retient le schéma argumentatif le plus pertinent parmi ceux que l'argumentation rend possible. L'ouverture de la norme générale laisse un espace de liberté à l'interprète qui va devoir procéder à un choix qui se clôt par l'adoption de la norme particulière. Ces dernières sont le résultat de la levée de l'indétermination. De ce point de vue, l'application rétroagit sur l'interprétation en ajoutant un savoir nouveau à ce qui était déjà su au sujet de la norme générale³⁴².

Si les notions juridiques indéterminées sont présentes dans tous les domaines du droit qu'il soit privé, pénal ou public, elles soulèvent des questions spécifiques à ce dernier. En particulier se pose la question de savoir si l'espace de liberté laissé dans les phases de l'interprétation, de l'argumentation et de l'application relève de l'apanage des autorités administratives ou si le juge administratif en bénéficie également. Cette question est spécifique au droit administratif, puisqu'en droit privé et en droit pénal, ce sont principalement des juges qui appliquent le droit aux différents niveaux³⁴³. Cette problématique relative à l'étendue du contrôle des instances de recours en droit administratif sera traitée plus en détail dans le chapitre 4 de la deuxième partie.

V. Une conclusion intermédiaire

Nous avons opté pour une synthèse intermédiaire *globale* des points III. à V. plutôt que de les traiter point par point. La raison principale est que ces différentes thématiques sont intimement liées entre elles.

Le principe de la séparation des pouvoirs met en lumière une partie des enjeux relatifs à notre thématique et à la délimitation des compétences entre les autorités. Il implique également que toute action étatique soit fondée sur une base

³⁴⁰ PICHONNAZ (2013), p. 138.

³⁴¹ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 138.

³⁴² MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 139-140.

³⁴³ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 140.

légale, permettant ainsi d'éviter toute action arbitraire de la part des autorités (N 136).

- 214 Cela montre l'importance centrale que revêtent les normes juridiques et nous amène à notre prochain point, relatif à la *densité normative*. En effet, les normes doivent avoir un contenu minimal suffisamment clair et transparent. Cependant, ce contenu – tributaire de la situation à régler – ne peut être défini dans l'abstrait : il va résulter du *point d'équilibre*, établi dans le cas concret, entre détermination et indétermination (N 158).
- 215 Les normes contiennent donc *plusieurs échelons de détermination* et celles ne contenant que des notions déterminées font office d'exception. Ce sont, dès lors, les normes contenant un certain degré d'indétermination qui sont les plus courantes (N 158). Elles sont d'ailleurs nécessaires à l'ordre juridique afin que ce dernier puisse faire face à l'ensemble des situations pouvant se présenter, mais aussi pour garantir une action efficiente de l'administration dans la poursuite des intérêts publics. Ce constat s'est accentué ces dernières décennies avec la diversification et la complexification des situations pouvant se présenter (N 163).
- 216 Le recours à de nombreuses normes présentant une densité plus faible a pour effet d'octroyer aux autorités d'application ce que nous qualifierons, en nous basant sur les écrits de MOOR, de *liberté micropolitique* dans leur prise de décision (N 144). Cependant, pour éviter les abus, cette liberté doit être encadrée. En outre, elle exige certaines compensations (N 168). Celles-ci peuvent prendre la forme d'un renforcement des garanties procédurales, de plus de transparence de la part des autorités ou elles peuvent être spécifiques à une matière, comme c'est le cas en aménagement du territoire (N 169-171).
- 217 C'est lors de la *mise en œuvre du droit* – de son application – que l'on va se rendre compte de la présence de normes accordant une marge de manœuvre à l'autorité (N 190). Pour leur donner du sens et déterminer si le cas particulier est un cas d'application de la norme générale, il va falloir passer par une *phase d'interprétation et d'argumentation* dont le résultat va ensuite rétroagir sur la norme de base et lui donner, au fil de ses applications, une densité supplémentaire. En effet, le but de l'argumentation est de donner un sens à la norme, de la déterminer, car la personne amenée à rendre la décision a un devoir de décider et ne peut se retrancher derrière une absence d'argumentation convaincante pour l'éviter (N 198).
- 218 Ce chapitre, à travers les différentes étapes de la mise en œuvre du droit, nous a également permis de constater la *complexité du travail juridique*, dont le but est de transposer la norme dans une décision. La complexité de ce processus rend difficile de reconstituer la démarche intellectuelle qui a conduit au

dispositif. En effet, celle-ci n'est pas linéaire. Au contraire, elle se fait par circulation entre les faits et le droit et la décision finale ne laisse apparaître que le produit fini et non les hésitations qui ont jalonné son élaboration (N 182-183).

Un autre aspect qui n'apparaît pas non plus explicitement dans la décision, bien qu'il ait une certaine importance, est ce que nous avons qualifié « *d'univers mental du juge* ». Celui-ci a trait à la précompréhension que le juge se fait du litige. Cet aspect est inévitable puisqu'aucune lecture ne peut être totalement neutre. Cependant, il ne devient juridiquement pertinent que si cette précompréhension est explicitement intégrée dans l'argumentation, ce qui permet de la contester (N 208). 219

Au vu de ce qui précède, nous concluons, dans notre **thèse n° 2**, que ces fondements théoriques fournissent le *cadre* dans lequel va s'inscrire l'exercice, par les autorités, de leur marge de manœuvre. En effet, suivant la densité de la norme, il va falloir l'interpréter pour déterminer s'il y a ou non une marge de manœuvre. Nous avons également constaté qu'au vu de la multiplication et de la complexification des activités administratives, la densité normative a, de façon générale, plutôt tendance à diminuer ce qui augmente la marge de manœuvre des autorités dans la mise en œuvre du droit. 220

Deuxième partie :

La théorie générale de la marge
de manœuvre des autorités dans
le processus décisionnel

Chapitre 1 : La marge de manœuvre à l'aune des principes généraux du droit

Dans ce chapitre, nous abordons les principes généraux du droit qui posent un cadre à l'exercice, par les autorités administratives et judiciaires, de leur marge de manœuvre. Après quelques généralités et l'exposition de notre démarche (point I.), nous traitons du principe de la légalité (point II.), puis des principes de l'intérêt public (point III.) et de la proportionnalité (point IV.). Nous abordons ensuite le principe de l'interdiction de l'arbitraire (point V). Puis, nous mettons en avant la faible densité normative de ces principes, ce qui laisse à l'autorité une marge de manœuvre pour les appliquer (point VI.). Enfin, nous formulons une conclusion intermédiaire (point VII.).

I. Quelques généralités et la démarche adoptée

Garantissant un espace de liberté à l'autorité, la marge de manœuvre semble, *a priori*, entrer en contradiction avec les principes les plus fondamentaux de l'Etat de droit, tel celui de la légalité. C'est pourquoi, il est important de montrer que celle-ci s'inscrit dans un cadre et ne constitue pas, pour les autorités, une compétence discrétionnaire (N 120). À cet égard, pour paraphraser l'art. 5 al. 1 Cst., nous entendons par *cadre*, la base et la limite de la marge de manœuvre.

Dans les paragraphes suivants, nous abordons les principes généraux de l'activité administrative. Nous traitons en particulier des principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité et de l'interdiction de l'arbitraire. Ces principes généraux ont une *double pertinence* pour notre problématique. En effet, d'une part, ils constituent la base et la limite de l'exercice de la marge de manœuvre et, d'autre part, ils sont eux-mêmes indéterminés, ce qui accorde à l'autorité une marge de manœuvre pour les appliquer.

Chaque principe pourrait faire l'objet d'un travail à part entière. C'est pourquoi, dans les prochains paragraphes, nous proposons de développer spécifiquement les problématiques qu'ils soulèvent en lien avec la marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel.

II. Le principe de la légalité

225 Nous abordons ici la notion (point A.), puis la détermination de la légalité (point B.).

A. La notion

226 Comme nous l'avons vu dans le cadre du principe de la séparation des pouvoirs, le principe de la légalité est un principe fondamental de l'Etat de droit (N 136). Il est expressément mentionné dans la Constitution en tant principe constitutionnel (art. 5 al. 1 Cst.) et condition à la restriction d'un droit fondamental (art. 36 al. 1 Cst.). De façon générale, il exige que l'ensemble de l'activité étatique se fonde sur la loi et repose ainsi sur une base légale³⁴⁴. Pour en retranscrire la portée, il s'agit de distinguer entre, d'une part, l'exigence d'une règle de droit (« *der Rechtssatz* ») et d'un certain contenu³⁴⁵ et, d'autre part, l'exigence du rang de la norme (« *die Normstufe* »)³⁴⁶.

227 Concernant le premier aspect, l'art. 5 al. 1 Cst. affirme, sans autres précisions, que le *droit* est la base et la limite de l'activité de l'Etat. Or, droit n'est pas synonyme de loi³⁴⁷. Cependant, le principe de primauté du droit implique que tout organe ou agent de l'Etat est soumis, dans ses activités, à l'ensemble des normes juridiques régulièrement adoptées et cela quel que soit leurs rangs (traités internationaux, constitutions, lois, ordonnances)³⁴⁸.

228 Cette exigence de la légalité s'applique, bien que dans une mesure pas toujours semblable, à l'ensemble des activités administratives³⁴⁹. En effet, l'administration doit respecter ce principe lorsqu'elle adopte une ordonnance législative ou administrative, prononce une décision, établit un plan, conclut un contrat ou accomplit un acte matériel³⁵⁰. Le principe de la légalité s'appliquant aux activités administratives de toute forme, il constitue également, *a fortiori*, la base et la limite de la marge de manœuvre de celle-ci. En effet, une autorité, bien qu'au bénéfice d'une marge de manœuvre, ne peut rendre une décision

³⁴⁴ ATF 146 II 56, consid. 6.2.1.

³⁴⁵ Le contenu de la norme est traité dans le paragraphe suivant relatif à la détermination de la légalité.

³⁴⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 337.

³⁴⁷ MALINVERNI ET AL. (2021a), N 1090 ; MAHON PASCAL, art. 5 Cst., N 8.

³⁴⁸ DUBEY (2018), N 501 ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 471 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 340 ; MAHON PASCAL, art. 5 Cst., N 8 et 9.

³⁴⁹ SCHINDLER (2010), N 394.

³⁵⁰ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 480-481.

qui ne serait pas prévue par une règle de droit, sous peine d’abuser ou d’excéder son pouvoir d’appréciation³⁵¹.

Concernant le second aspect, la base légale doit remplir certaines conditions en fonction de l’acte en cause³⁵². En effet, certaines dispositions nécessitent d’être réglées dans une loi au sens formel. Au niveau fédéral, cette exigence est spécifiquement réglée à l’art. 164 al. 1 Cst. qui prévoit que toutes les *dispositions importantes* qui fixent les règles de droit doivent être édictées sous la forme d’une loi fédérale. Cela leur confère une légitimation démocratique³⁵³ et est garant d’égalité de traitement et de prévisibilité du droit³⁵⁴. Tel est par exemple le cas de la restriction à des droits fondamentaux (art. 164 al. 1, let. b Cst.). Cependant, l’exigence d’une base légale formelle n’exclut pas que le législateur puisse autoriser le pouvoir exécutif, par le biais d’une clause de délégation législative, à édicter des règles de droit (art. 164 al. 2 Cst.)³⁵⁵. 229

En lien avec ce principe, nous pouvons encore mentionner les principes de *prévisibilité* et *sécurité du droit*. En effet, même si elle dispose d’une certaine marge de manœuvre, l’autorité base son activité sur une base légale. L’existence de cette dernière confère une certaine prévisibilité à l’activité administrative et donne la possibilité aux administrés d’y adapter d’avance leur comportement (principe de la confiance)³⁵⁶. Cependant, comme nous le verrons dans les prochains paragraphes, la marge de manœuvre dont bénéficient parfois les autorités peut être en tension avec ces principes. 230

B. La détermination de la légalité

Pour satisfaire au principe de la légalité, il faut que la norme ait un *certain contenu* (N 226)³⁵⁷. Cette dernière exigence est celle que nous avons examinée dans le cadre de la densité normative (en particulier, N 150ss). La règle de droit doit donc remplir un certain seuil de détermination (« *Bestimmtheit* »)³⁵⁸. Elle doit être libellée de manière suffisamment précise pour que le citoyen puisse discerner le comportement à adopter et en prévoir les conséquences 231

³⁵¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 435 ; La problématique de l’abus du pouvoir d’appréciation est traitée plus en détail dans la 2^{ème} partie, chap. 3, point III. C. 2.

³⁵² DUBEY (2018), N 508.

³⁵³ ATF 146 II 56, consid. 6.2.1 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 351 ; SCHINDLER BENJAMIN, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 36.

³⁵⁴ SCHINDLER (2010), N 393.

³⁵⁵ ATF 146 II 56, consid. 6.2.1.

³⁵⁶ GRISEL (1984), p. 312 ; TANQUEREL (2018), N 568.

³⁵⁷ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 476.

³⁵⁸ IVANOV (2016), N 27 ; RHINOW (2017), p. 76.

avec un degré de certitude approprié aux circonstances³⁵⁹. Ce contenu minimal a pour rôle de garantir la prévisibilité, l'égalité et l'absence d'arbitraire de l'action étatique³⁶⁰.

232 Cependant, ce seuil ne peut être fixé dans l'abstrait et varie d'un domaine à l'autre (N 152)³⁶¹. En outre, l'administration doit être efficace dans sa poursuite de l'intérêt public (N 142). Dès lors, il s'agit de trouver l'*équilibre* entre, d'une part, la précision de celle-ci permettant de garantir les principes de prévisibilité et de sécurité du droit et, d'autre part, la souplesse nécessaire permettant aux autorités administratives de rendre une décision proportionnée et prenant en compte les circonstances du cas d'espèce³⁶².

233 La violation du principe de la légalité peut être invoquée devant le Tribunal fédéral et ce, indépendamment d'un droit fondamental. En effet, elle constitue une violation du droit fédéral qui est un motif de recours recevable devant ce dernier (art. 95 let. a LTF)³⁶³. Toutefois, dans l'application du droit cantonal, à part les restrictions aux droits fondamentaux (art. 36 al. 1 Cst.), le Tribunal fédéral n'intervient en cas de violation du principe de la légalité que si la mesure de droit cantonal viole simultanément l'interdiction de l'arbitraire³⁶⁴.

234 Par exemple, dans une affaire genevoise du droit de la fonction publique, la République et canton de Genève (recourante) soulève la violation du principe de la légalité, car la cour cantonale a ordonné la réintégration d'un fonctionnaire sans que cela soit, selon elle, prévu par la loi. Or, l'art. 31 al. 2 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC)³⁶⁵ prévoit que, si la Chambre administrative de la Cour de justice retient que la résiliation des rapports de service ne repose pas sur un motif fondé, elle ordonne à l'autorité compétente la réintégration. Selon un rapport sur la modification de la LPAC, le licenciement infondé et la révocation disproportionnée entraînent une réintégration. Dès lors, le Tribunal fédéral considère que la cour cantonale n'a *pas dépassé sa marge de manœuvre* en réintégrant un fonctionnaire dont la révocation était disproportionnée³⁶⁶.

235 Dans un autre exemple, relevant aussi du droit de la fonction publique, le Tribunal fédéral se penche sur les critères de reconnaissance d'un syndicat comme partenaire social du domaine des écoles polytechniques fédérales (EPF). Il arrive à la conclusion que la subordination de la reconnaissance de la recourante comme partenaire social du domaine des EPF à l'exigence d'être représentée dans trois de ses institutions selon la règle « 200 + 20 + 20 » pour une association qui dépasse le nombre de 240 membres sur un

³⁵⁹ ATF 141 I 201, consid. 4.6.

³⁶⁰ SCHINDLER BENJAMIN, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 33.

³⁶¹ SCHINDLER (2010), N 395.

³⁶² DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 479 ; IVANOV (2016), N 28-30.

³⁶³ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 551.

³⁶⁴ Arrêt du TF 8C_203/2020 du 5 août 2020, consid. 2.3.

³⁶⁵ RS/GE B 5 05.

³⁶⁶ Arrêt du TF 8C_203/2020 du 5 août 2020, consid. 3.

seul site procède d'un *abus du pouvoir d'appréciation* et d'une violation du principe de proportionnalité. En effet, cette exigence est objectivement très difficile à remplir pour un nouveau syndicat. En outre, il ne serait pas acceptable de refuser de reconnaître un syndicat comptant plusieurs milliers de membres au motif qu'il n'est pas sur plusieurs sites du domaine des EPF³⁶⁷. Dès lors, comme nous le verrons, outre la violation d'une règle de droit, l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation constituent également des violations du principe de la légalité³⁶⁸.

III. Le principe de l'intérêt public

Nous abordons ici la notion (point A.), puis la détermination des intérêts publics (point B.) et enfin la coordination des différents intérêts (point C.). 236

A. La notion

Le principe de l'intérêt public est expressément mentionné dans la Constitution en tant que principe constitutionnel (art. 5 al. 2 Cst.) et condition à la restriction d'un droit fondamental (art. 36 al. 2 Cst.). Toute action de l'autorité doit être guidée par ce principe, en particulier lorsque celle-ci applique une norme à faible densité normative qui lui accorde une marge de manœuvre³⁶⁹. En effet, lorsqu'elle fait usage de son pouvoir d'appréciation, l'autorité a le choix entre plusieurs solutions, dont aucune n'est préétablie. Elle doit donc pondérer les différents intérêts en présence³⁷⁰. 237

La poursuite de l'intérêt public est une tâche primordiale dévolue à l'Etat. Elle le guide dans l'exercice de toutes ses attributions, leur donnant une légitimité³⁷¹, mais elle définit aussi, *a contrario*, les limites de son activité³⁷². Dès lors, cette tâche est la raison même pour laquelle l'Etat a été créé : il est destiné à *servir un intérêt général* et non pas à poursuivre les intérêts de certains particuliers³⁷³. Pour ce faire, la Constitution pose des objectifs que l'Etat doit poursuivre³⁷⁴ et qui sont ensuite concrétisés par le législateur³⁷⁵. 238

³⁶⁷ ATF 140 I 257, consid. 6.3.

³⁶⁸ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point IV. C.

³⁶⁹ MOOR (2005), p. 85.

³⁷⁰ MOOR (2005), p. 86.

³⁷¹ MALINVERNI ET AL. (2021a), N 218.

³⁷² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 759.

³⁷³ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 554.

³⁷⁴ Cf. art. 54 ss Cst., chapitre nommé « Compétences ».

³⁷⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 759-762.

- 239 Outre les dispositions qui consacrent expressément le principe de l'intérêt public, ce dernier transparait également dans les dispositions qui indiquent les *buts* poursuivis ainsi que les *tâches* à accomplir dans cette perspective³⁷⁶.
- 240 Cependant, si la notion d'intérêt public est aisée à comprendre dans l'abstrait, elle est difficile à appliquer dans le concret, étant une notion éminemment indéterminée et à géométrie variable en fonction des groupes concernés. En effet, qui peut définir, hors d'un contexte, des notions telles que le « bien commun » ou l'« intérêt général »³⁷⁷?

B. La détermination des intérêts publics

- 241 Un intérêt est dit public lorsqu'il est jugé digne de protection par la collectivité et qu'il est *commun*, si ce n'est à l'ensemble, au moins à une grande partie de la population³⁷⁸. La notion d'intérêt public étant liée à la population et plus généralement à la société dans laquelle elle évolue, il n'y a pas un intérêt public par nature³⁷⁹. Ce dernier est, au contraire, *protéiforme* et nécessite d'être déduit, pour chaque matière, des règles constitutionnelles, légales voire infra-légales³⁸⁰.
- 242 Dès lors, on ne peut plus parler d'un intérêt public mais d'une multiplicité d'intérêts publics. Chaque intérêt public est celui d'un groupe qui peut évoluer dans le temps et l'espace³⁸¹. Ce constat est renforcé, comme celui de la diminution de la densité normative (N 163), par la multiplication et la complexification des tâches de l'administration qui entraînent une diversification des intérêts publics à protéger. Or, si le contenu de cette notion peut évoluer, c'est parce que l'intérêt public est une *notion juridique indéterminée*³⁸².
- 243 La *casuistique* joue donc un rôle très important puisque chaque décision détermine, dans le cas d'espèces, si un intérêt est digne d'une protection assurée au nom de la collectivité et s'il doit primer l'intérêt privé³⁸³. Il en va ainsi car il n'y a pas de solutions préétablies qui puissent s'appliquer indépendamment

³⁷⁶ Par exemple, art. 2 Cst. et 1 et 3 LAT ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 558 et 583.

³⁷⁷ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 581-582.

³⁷⁸ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 559 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 756.

³⁷⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 756-757.

³⁸⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 766 et 784 ; NGUYEN MINH SON, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : LEtr, art. 3 LEtr, N 20.

³⁸¹ MOOR (2005), p. 100-101.

³⁸² ATF 94 I 127, consid. 7a et 91 I 69, consid. 2 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 463 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 803.

³⁸³ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 584.

des circonstances du cas d'espèce. En effet, un but (intérêt public) ne peut être adéquatement atteint que s'il peut être adapté à son contexte et un intérêt privé ne peut être respecté sans une évaluation dans son individualité. Cette absence de solutions préétablies laisse donc une liberté qui sera résorbée dans la phase d'interprétation et d'application³⁸⁴.

C. La coordination des intérêts

Il n'y a pas un seul intérêt public, mais *plusieurs intérêts publics* pour la poursuite desquels les autorités sont au bénéfice d'une marge de manœuvre (N 242). Chaque autorité a donc une marge de manœuvre qu'elle utilise dans la poursuite des intérêts publics qu'elle est chargée de réaliser. Ainsi, la pondération des intérêts ne saurait être réduite à une simple opposition entre un intérêt privé et un intérêt public. La réalité est plus complexe. Il s'agit donc de *nuancer* cette mise en balance des intérêts^{385,386}. 244

En effet, il n'y a pas un seul intérêt public général qui s'impose de lui-même, mais plusieurs intérêts publics fragmentaires, sectoriels qui peuvent s'opposer entre eux. La coordination des intérêts, en tant que principe procédural au service de la pesée complète ou globale des intérêts, va permettre l'arbitrage entre les différents intérêts³⁸⁷. Ce principe est en particulier utilisé lorsque l'autorité est au bénéfice d'un important pouvoir d'appréciation³⁸⁸. 245

L'*aménagement du territoire* est un exemple bien connu d'un domaine nécessitant une coordination des différents intérêts en jeu. En effet, certains projets d'envergure soulèvent des problématiques techniques et environnementales et mettent en présence de nombreux intérêts privés et publics divergents³⁸⁹. En outre, chaque projet est un cas unique, non reproductible, ce qui ne permet aucune généralisation et nécessite que les autorités d'application aient une marge de manœuvre pour prendre leurs décisions³⁹⁰. 246

³⁸⁴ MOOR (2005), p. 86.

³⁸⁵ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 587 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 220 ; MOOR (2005), p. 86.

³⁸⁶ La question de la mise en balance entre les intérêts publics et privés est une question relative au principe de la proportionnalité. En tant que telle, elle sera abordée dans les paragraphes y relatifs (point I. D. 3.).

³⁸⁷ TANQUEREL (2018), N 548-549.

³⁸⁸ MALINVERNI ET AL. (2021a), N 227 ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 592 ; MOOR (2005), p. 99.

³⁸⁹ Cf. ATF 145 II 218, consid. 4.3.3.

³⁹⁰ TSCHANNEN (2019), p. 309.

247 Par exemple, la construction d'un parc éolien dans le canton de Neuchâtel requiert la coordination de plusieurs intérêts. Un tel projet exige que les autorités mettent en balance la politique énergétique en faveur des énergies renouvelables, d'une part, et la conservation d'un site naturel, de l'autre, qui sont deux « valeurs » pour lesquelles le constituant et le législateur n'ont pas posé de hiérarchie. En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que le Tribunal administratif neuchâtelois avait accordé une importance excessive à l'atteinte au paysage et, corollairement, qu'il n'avait pas suffisamment pris en considération l'intérêt public à réaliser une installation de production d'énergie éolienne, conformément aux objectifs de la politique énergétique fédérale et cantonale. Une pesée correcte des intérêts en jeu imposait au tribunal cantonal de ne pas empêcher, par principe, la réalisation d'un parc éolien sur le site protégé considéré³⁹¹. À travers cet exemple, nous constatons que le choix comporte une composante *politique* (N 144) puisque les autorités ont chacune une *certaine marge de manœuvre* pour déterminer quel intérêt doit primer³⁹².

IV. Le principe de la proportionnalité

248 Nous abordons ici la notion (point A), puis la détermination de la proportionnalité (point B.) et la pesée des intérêts (point C.). Enfin, nous traitons de la délimitation entre la proportionnalité et l'opportunité d'une décision (point D.).

A. La notion

249 Le principe de proportionnalité est expressément mentionné dans la Constitution en tant que principe constitutionnel (art. 5 al. 2 Cst.) et condition à la restriction d'un droit fondamental (art. 36 al. 3 Cst.). Il entretient des liens avec le principe de la légalité – comme nous l'avons vu dans l'exemple relatif au droit de la fonction publique (N 235) – et celui de l'intérêt public. Ainsi, ces principes *structurent* et *guident* l'autorité dans l'élaboration de sa décision³⁹³.

250 Le principe de proportionnalité *modère la puissance publique*, car il lui permet de se servir uniquement des moyens les plus adaptés aux circonstances³⁹⁴. Ce rôle est accentué lorsque la densité normative est faible et que l'autorité administrative est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation³⁹⁵. Le principe de proportionnalité n'a d'ailleurs de sens que lorsque l'autorité jouit d'une liberté dans le choix de la décision qu'elle veut prendre. En effet, dans ce cas de

³⁹¹ ATF 132 II 408, consid. 4.5.4.

³⁹² ATF 132 II 408, consid. 4.5.1 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 781-782.

³⁹³ Si l'on se centre ici sur le processus décisionnel, le principe de proportionnalité est opposable à toute action de l'Etat, cf. MOOR (2001), p. 328 et MÜLLER (2016), p. 59-60.

³⁹⁴ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 609 ; SCHINDLER (2010), N 398.

³⁹⁵ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 621 ; MÜLLER (2016), p. 48.

figure, elle doit atteindre un objectif sans que l'ordre juridique lui prescrive l'instrument approprié³⁹⁶.

Le principe de proportionnalité sert à mesurer le *rapport* entre les mesures prises par le législateur et l'administration avec les objectifs poursuivis par ces derniers. On parle de rapport car, contrairement à d'autres principes dont le contenu peut être décrit, tel l'objet des règles de droit pour le principe de légalité, il est difficile de donner un contenu au principe de proportionnalité. On ne peut en poser que le fondement et la finalité³⁹⁷. 251

En outre, ce rapport ne peut pas être considéré dans l'abstrait : une chose est proportionnelle (ou pas), seulement en fonction de rapports de force concrets, à savoir de son environnement réel³⁹⁸. Il doit être *raisonnable* pour que la mesure soit proportionnée et donc admise³⁹⁹. Cependant, il n'existe aucun instrument de mesure fiable et précis pour déterminer la proportionnalité ; il s'agit toujours d'une estimation, de pronostics. Cette difficulté provient en partie du fait qu'il faut faire des prévisions sur les effets éventuels de la mesure, ce qui, portant sur des pronostics d'effet, contient forcément une part d'indétermination⁴⁰⁰. 252

B. La détermination de la proportionnalité

Le principe de proportionnalité se décompose en trois règles qui doivent être cumulativement remplies. Premièrement, la mesure retenue doit être *apte* à atteindre les objectifs d'intérêts publics visés de manière effective⁴⁰¹. Deuxièmement, elle doit être *nécessaire*. La mesure retenue doit être celle qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts publics et privés touchés dans le cas d'espèce. Cela implique que l'autorité doive étudier également l'effet de solutions alternatives⁴⁰². Troisièmement, il faut que la proportionnalité *au sens étroit* (ou strict) soit respectée. Pour ce faire, l'autorité doit procéder à une mise en balance (pesée des intérêts) entre l'atteinte aux intérêts privés de la personne et les intérêts publics poursuivis dans le cas concret. Si le poids des seconds ne l'emporte pas sur le poids des premiers, alors la mesure doit être considérée comme disproportionnée et ne peut être mise en œuvre⁴⁰³. 253

³⁹⁶ MOOR (2001), p. 322.

³⁹⁷ MOOR (2001), p. 327.

³⁹⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 809 ; MÜLLER (2016), p. 10 et 22.

³⁹⁹ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 615 ; MOOR (2001), p. 319.

⁴⁰⁰ MÜLLER (2016), p. 28 et 40 ; MÜLLER (2019), p. 15.

⁴⁰¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 814.

⁴⁰² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 818 ; MÜLLER (2019), p. 16.

⁴⁰³ GRANT (2000), p. 75 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 819 ; MÜLLER (2019), p. 16.

- 254 Bien que généralement admise dans la doctrine et la jurisprudence, cette division en trois règles ne résout pas toutes les difficultés inhérentes à ce principe et ne nous permet pas de lui donner un contenu. Cela s'explique, d'une part, parce que ce n'est qu'à travers son application que ses contours pourront être esquissés (approche inductive)⁴⁰⁴ et, d'autre part, elle trouve ses limites lorsque la mesure poursuit plusieurs intérêts (opposés) ou est appliquée dans un conflit d'intérêts juridiques complexe (N 245)⁴⁰⁵.
- 255 Dans ce dernier cas, lorsque l'examen en trois temps n'est pas adapté, l'autorité doit procéder à une *pesée globale des intérêts* (cf. N 245). Cette pesée des intérêts en présence est prévue de manière sectorielle à l'art. 3 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000⁴⁰⁶. Cet article prévoit que lorsque, dans l'accomplissement et la coordination de tâches ayant des effets sur l'organisation du territoire, les autorités sont au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation, elles sont tenues de peser les intérêts en présence. Pour ce faire, elles déterminent les intérêts concernés, puis les apprécient et fondent leur décision sur cette appréciation, en veillant à prendre en considération, dans la mesure du possible, l'ensemble des intérêts concernés (art. 3 al. 1 OAT). Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a appliqué cette méthode dans le domaine de la protection des données, ouvrant ainsi l'application de cette méthode à d'autres domaines du droit⁴⁰⁷.
- 256 Le principe de proportionnalité a un contenu ouvert et un champ d'application très large et général. Elle constitue donc, tout comme le principe de l'intérêt public (N 237), une *notion juridique indéterminée*⁴⁰⁸. Dès lors, son application comporte souvent une part de *subjectivité*. Celle-ci est inhérente à la détermination de la proportionnalité qui, à cause d'une absence de contenu propre (N 251), laisse une place au système de valeurs de la personne qui l'applique⁴⁰⁹. Il est donc d'autant plus important de garantir une motivation suffisante permettant d'en faciliter la compréhension⁴¹⁰. À cet égard, une *approche interdisciplinaire* peut s'avérer utile pour objectiver le processus et compléter les connaissances de la personne qui procède à l'examen de la proportionnalité. En effet, l'appréhension de certaines situations demande des connaissances extra-juridiques de tiers ou d'experts⁴¹¹.

⁴⁰⁴ MÜLLER (2016), p. 32 ; SCHINDLER (2010), N 402-403.

⁴⁰⁵ MÜLLER (2019), p. 16.

⁴⁰⁶ Ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000 (OAT), RS 700.1.

⁴⁰⁷ ATF 138 II 346.

⁴⁰⁸ ATAF 2015/2, consid. 4.3.3.

⁴⁰⁹ IVANOV (2016), N 12.

⁴¹⁰ IVANOV (2016), N 13 ; MÜLLER (2019), p. 17.

⁴¹¹ IVANOV (2016), N 12 ; MÜLLER (2016), p. 35-36.

La violation du principe de la proportionnalité peut être invoquée devant le Tribunal fédéral et ce, indépendamment d'un droit fondamental. En effet, elle constitue *une violation du droit fédéral* qui est un motif de recours recevable devant ce dernier (art. 95 let. a LTF). Toutefois, dans l'application du droit cantonal, à part les restrictions des droits fondamentaux (art. 36 al. 3 Cst.), le Tribunal fédéral n'intervient en cas de violation du principe de la proportionnalité que si la mesure de droit cantonal est manifestement disproportionnée et viole simultanément l'interdiction de l'arbitraire⁴¹². 257

Dès lors, comme pour le principe de l'intérêt public, la *casuistique* joue un rôle important (N 243). À cet égard, nous renvoyons à notre troisième partie où nous traitons du principe de la proportionnalité en droit des personnes étrangères, en lien avec l'art. 96 LEI⁴¹³ ainsi qu'à la casuistique des tribunaux fédéraux et de la CourEDH relative à l'art. 8 CEDH dont une restriction est possible aux conditions de l'art. 8 par. 2 (est en particulier examiné le respect du principe de la proportionnalité)⁴¹⁴. 258

C. La pesée des intérêts

La mise en rapport entre les intérêts publics et privés n'est pas toujours aisée. En effet, plusieurs intérêts et autorités peuvent intervenir dans le processus (N 244). Dans l'opération de *pesée des intérêts* (« *Interessenabwägung* »), il est mis en relation des intérêts opposés en tenant compte de la situation d'espèce et des implications potentielles pour parvenir à une solution acceptable. Suivant le résultat de la pesée des intérêts en présence, l'intervention étatique est justifiée ou invalidée⁴¹⁵. 259

Pour chaque cas, l'autorité *détermine* d'abord tous les intérêts juridiquement pertinents, puis les *apprécie* et enfin les *optimise* (pesée au sens strict)⁴¹⁶. Apprécier signifie définir dans quelle mesure la mise en œuvre d'un intérêt apparaît souhaitable. D'abord, les intérêts sont pondérés entre eux, puis en lien les uns avec les autres. Un examen des différentes implications possibles doit avoir lieu. À cet effet, l'autorité doit se représenter ce qui pourrait 260

⁴¹² ATF 134 I 153, consid. 4.2.

⁴¹³ 3^{ème} partie, chap. 2, point II. B., en particulier.

⁴¹⁴ 3^{ème} partie, chap. 3, point II. B. relatif à la casuistique.

⁴¹⁵ MALINVERNI ET AL. (2021a), N 238 ; TSCHANNEN (2019), p. 311.

⁴¹⁶ MÜLLER (1972), p. 346 ; TSCHANNEN (2019), p. 312 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 36 ; WULLSCHLEGER (2019), p. 717.

vraisemblablement arriver si la priorité est accordée à un intérêt plutôt qu'à un autre. Elle doit ensuite motiver les choix retenus dans sa décision⁴¹⁷.

- 261 Si, pour procéder à une pesée des intérêts correcte, il faut que l'état de fait ait été établi de manière complète, la pesée en elle-même est une *question de droit*⁴¹⁸. Elle a classiquement lieu dans l'examen de la conformité de la restriction d'un droit fondamental à la Constitution ou à la CEDH⁴¹⁹. Cependant, elle est aussi *présente dans les activités courantes* de l'administration. En effet, elle a lieu partout où il y a des normes avec une faible densité normative, qui ont justement pour but d'accorder un espace d'autonomie administrative qui requiert de l'autorité qu'elle pondère les intérêts en présence car le droit applicable ne prévoit pas de solution (N 158)⁴²⁰. À cet égard, nous avons vu que l'aménagement du territoire, au vu des différents intérêts en jeu, était un domaine nécessitant fréquemment une pesée des intérêts (N 246 et N 255).
- 262 La pesée des intérêts est plus *qualitative* que quantitative : l'autorité ne compte pas les intérêts, elle les pèse⁴²¹. En outre, elle est également métaphorique puisqu'aucun intérêt n'a de poids propre, prédéterminé et indépendant des circonstances du cas d'espèce⁴²². Au contraire, les intérêts et leur poids respectif peuvent varier dans le temps et l'espace⁴²³. Dès lors, l'image de la balance n'est appropriée que si on oppose un intérêt public à un intérêt privé. Elle l'est moins pour les *situations complexes* où divers intérêts publics peuvent s'opposer entre eux (N 245). Dans ce dernier cas, la jurisprudence exige une pesée globale de tous les intérêts pertinents (N 255)⁴²⁴.
- 263 Cependant, la pesée des intérêts a certaines *limites* : d'abord, elle ne permet pas à l'autorité de développer n'importe quelle argumentation. Cette dernière ne peut toujours qu'agir dans le respect du contexte juridique. En effet, la pesée des intérêts se fonde sur la marge de manœuvre accordée par la norme à appliquer. Dès lors, en l'absence d'une marge de manœuvre, la norme doit être appliquée telle quelle sans procéder à une pesée des intérêts⁴²⁵. Ensuite, il faut également admettre ses limites par rapport au résultat de la décision. Certains intérêts ne peuvent pas toujours être objectivés et il peut arriver qu'interviennent certaines considérations subjectives propres aux autorités qui évaluent le

⁴¹⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 778 ; TSCHANNEN (2019), p. 313.

⁴¹⁸ WULLSCHLEGER (2019), p. 719.

⁴¹⁹ MOOR (2005), p. 85.

⁴²⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 779 ; MOOR (2005), p. 85 ; TSCHANNEN (2019), p. 306 et 308.

⁴²¹ MALINVERNI ET AL. (2021a), N 238.

⁴²² MÜLLER (2016), p. 27-28.

⁴²³ MÜLLER (1972), p. 348-349.

⁴²⁴ ATAF 2021 VII/1, consid. 8.1.2 ; TSCHANNEN (2019), p. 308.

⁴²⁵ TSCHANNEN (2019), p. 311.

cas (N 204ss)⁴²⁶. Enfin, la pesée des intérêts ne signifie pas non plus que tous les intérêts en jeu puissent être conciliés puisqu'il va falloir trancher. Dès lors, en présence de certains intérêts incompatibles, il arrive que l'un soit favorisé par rapport à un autre, mettant ainsi en avant la composante micropolitique du pouvoir d'appréciation⁴²⁷.

Par exemple, le Tribunal administratif fédéral doit se pencher sur le refus du SEM d'approuver une autorisation de séjour (art. 30 al. 1 let. b LEI). En l'espèce, le canton a donné un préavis positif au motif de la présence d'un intérêt cantonal majeur en matière de fiscalité (art. 32 al. 1 let. c OASA). Or, le recourant fait actuellement l'objet de procédures judiciaires ouvertes dans plusieurs pays en lien avec des affaires de corruption et de blanchiment d'argent, ce qui est susceptible de porter atteinte à l'ordre et à la sécurité publics ainsi qu'à la réputation et aux relations internationales de la Suisse. Dès lors, le SEM, au bénéfice d'un pouvoir quasi-discrétionnaire, n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant d'approuver l'octroi de l'autorisation de séjour⁴²⁸.

264

D. La délimitation entre la proportionnalité et l'opportunité d'une décision

1. L'enjeu de la délimitation

Dans notre thématique, il est important de faire la distinction entre le principe de la proportionnalité – en particulier lorsque la violation de ce principe est assimilée à un abus du pouvoir d'appréciation⁴²⁹ – et la liberté d'appréciation de l'autorité qui lui permet de statuer en opportunité. Cette qualification a une influence importante sur *l'étendue de l'examen* de l'instance de recours, puisque le contrôle de la proportionnalité est une question de droit (N 257), contrairement au contrôle de l'opportunité qui est normalement exclu de l'examen des instances judiciaires⁴³⁰.

265

Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, le Tribunal fédéral examine si une autorité a respecté les limites du droit fédéral et, le cas échéant, du droit international dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré, mais pas si une décision semble également appropriée, c'est-à-dire opportune⁴³¹. Il en va différemment du Tribunal administratif fédéral dont le pouvoir d'examen s'étend généralement à l'opportunité (art. 49 PA ; cf. *infra* N 500).

266

⁴²⁶ TSCHANNEN (2019), p. 311-312.

⁴²⁷ MOOR (2001), p. 326 ; TSCHANNEN (2019), p. 312.

⁴²⁸ ATAF 2021 VII/1.

⁴²⁹ ATAF 2015/2, consid. 4.3.2.

⁴³⁰ MÜLLER (2016), p. 88 ; TANQUEREL (2018), N 518 ; UHLMANN/BUKOVAK (2019), p. 47.

⁴³¹ Arrêt du TF 2C_846/2014 du 6 décembre 2014, consid. 1.1.

- 267 L'opportunité n'est examinée que lorsque l'autorité de contrôle s'est assurée de la légalité de la décision. Dès lors, la décision examinée sous l'angle de l'opportunité est forcément proportionnelle, sinon elle serait illégale, pour abus du pouvoir d'appréciation et non inopportune⁴³².
- 268 Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral reconnaît la difficulté de la délimitation entre l'opportunité et la proportionnalité en particulier au sens étroit⁴³³. En pratique, cela laisse une *marge de manœuvre au tribunal* pour déterminer si une décision est plutôt disproportionnée ou inopportune. En outre, cette possibilité d'empiètement du contrôle de la légalité, via la proportionnalité d'une décision, réduit considérablement le champ d'application de l'opportunité⁴³⁴. Cela relativise également l'assertion que la marge de manœuvre de l'autorité administrative est préservée par l'exclusion d'un contrôle judiciaire de l'opportunité⁴³⁵.
- 269 Par exemple, dans l'*examen d'une interdiction d'entrée* (cf. art. 67 LEI), le Tribunal administratif fédéral a, plusieurs fois reconnu, après pesée des intérêts en présence, que celle-ci était justifiée dans son principe mais inopportune quant à sa durée au vu des circonstances du cas d'espèce. Il a donc revu la durée de l'interdiction d'entrée à la baisse. Cette problématique est développée plus en détail au chapitre 3 de la 3^{ème} partie (cf. *infra* N 1245ss).

2. Quelques essais de délimitation

- 270 Bien que cette distinction ait une portée procédurale importante, une *limite claire* entre ces deux notions ne ressort ni de la jurisprudence ni de la doctrine⁴³⁶. Ainsi, on retrouve, parmi les auteurs, plusieurs essais de délimitation.
- 271 Afin d'essayer d'éclaircir ce point, MÜLLER propose de tracer une *frontière en pointillé* en qualifiant d'inopportun un acte qui est imprudent sur le plan des affaires politiques mais qui ne dépasse néanmoins pas le cadre légal. Par contre, dès que l'inopportunité dépasse un certain degré, la non-proportionnalité augmente et l'acte devient illégal. La non-proportionnalité est ainsi une forme d'inopportunité qualifiée⁴³⁷.

⁴³² ATF 142 II 268, consid. 4.2.3 et arrêt du TF 2C_240/2012 du 5 mars 2013, consid. 1.2 non publié in ATF 139 I 145 ; TANQUEREL (2018), N 520.

⁴³³ Arrêt du TF 2C_240/2012 du 5 mars 2013, consid. 1.2 non publié in ATF 139 I 145.

⁴³⁴ RHINOW ET AL. (2021), N 1132 ; SCHINDLER (2010), N 437.

⁴³⁵ TANQUEREL (2001), p. 460.

⁴³⁶ MOOR (2001), p. 337 ; MÜLLER (2016), p. 90.

⁴³⁷ MÜLLER (2016), p. 90-91.

MOOR précise que, dans le cadre de l'examen de l'aptitude, il ne suffit pas que le moyen choisi soit inefficace, ce qui relèverait d'une critique de gestion. Il doit également être impropre (inapte), de manière manifeste, à réaliser l'objectif fixé. Le juge ne peut donc pas, dans l'examen de la légalité, chercher s'il existe une solution plus adéquate⁴³⁸. 272

Pour MOOR, le contrôle de la proportionnalité vise des « *accidents* dans la gestion », à savoir qu' « il y a disproportionnalité lorsque la cohérence de la gestion n'exige pas des mesures d'une telle gravité (maxime de la proportion), ou qu'elle ne serait pas menacée si une mesure moins grave était prise (maxime de la nécessité), ou enfin qu'elle est étrangère aux effets réels de la mesure (maxime de l'aptitude) »⁴³⁹. Le contrôle de l'opportunité a un autre objet, qui s'inscrit dans le *suivi* de la gestion, à savoir l'intégration d'un acte dans un ensemble régulier d'activités continues. Il peut donc arriver qu'un acte soit opportun quoique disproportionné ou, inversement, inopportun quoique proportionné⁴⁴⁰. Il ajoute encore que, sous l'angle de la méthodologie, la meilleure manière pour le juge de ne pas faire déborder son contrôle est de fonder son jugement sur les spécificités de la cause, en s'intéressant particulièrement aux faits. En effet, ce sont les caractéristiques du cas qui vont révéler si une mesure est disproportionnée, quelque opportune que l'administration la considère⁴⁴¹. 273

SCHINDLER va dans le même sens que MOOR en précisant que l'examen de la proportionnalité est souvent un travail de délimitation entre le droit et l'appréciation et que l'examen en trois phases n'est pas forcément garant d'un résultat prévisible. Au contraire, il faut éviter d'en faire une application mécanique, qui empêcherait une approche plus « *induktiv-kasuistische* » qui, elle, permettrait d'en affiner les contours à travers ses nombreux cas d'application⁴⁴². 274

3. Une approche sectorielle

En réglant cette question de manière sectorielle, il pourrait être plus aisé de distinguer ces deux aspects. En effet, une disposition générale traitant du pouvoir d'examen de l'autorité n'est pas suffisante pour surmonter cette difficulté. Dès lors, une intervention ponctuelle du législateur dans le pouvoir d'examen des tribunaux pourrait être souhaitable⁴⁴³. Il pourrait, en particulier, préciser quelle devrait être l'étendue du pouvoir d'examen pour certaines questions 275

⁴³⁸ Cf. dans ce sens, ATF 128 I 295, consid. 5b/cc ; MOOR (2001), p. 332.

⁴³⁹ MOOR (2001), p. 339.

⁴⁴⁰ MOOR (2001), p. 339-340.

⁴⁴¹ MOOR (2001), p. 340.

⁴⁴² SCHINDLER (2010), N 402.

⁴⁴³ UHLMANN/SCHEIFELE (2019), p. 303.

spécifiques⁴⁴⁴. Selon UHLMANN/BUKOVAC, concernant le Tribunal administratif fédéral, une telle intervention est juste et sensée, plus qu'une réglementation générale du pouvoir d'examen. Elle pourrait même permettre de désamorcer la question de la délimitation entre la proportionnalité et l'opportunité⁴⁴⁵.

- 276 Cette proposition de réglementer de manière spécifique les différents domaines plutôt qu'une réglementation générale de la question va également dans le sens de ce qui est proposé par MOOR et SCHINDLER (N 273-274). En effet, le premier propose de donner davantage de poids aux spécificités de la cause et à l'état de fait et le second propose une approche casuistique et inductive.

V. Le principe de l'interdiction de l'arbitraire

- 277 Nous abordons ici la notion (point A.), puis la détermination de l'arbitraire (point B.) et enfin le pouvoir d'examen limité à l'arbitraire (point C.).

A. La notion

- 278 *L'interdiction de l'arbitraire* est un droit constitutionnel qui garantit à toute personne d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire (art. 9 Cst.)⁴⁴⁶. Il a une portée transversale, en cela qu'il s'applique à toute activité étatique⁴⁴⁷. Ainsi, l'art. 9 Cst. prévoit que les organes chargés de l'accomplissement d'une tâche publique au sens de l'art. 35 al. 2 Cst. doivent rendre des décisions rationnelles et justifiables, à savoir fondées sur des motifs sérieux et objectifs, sans quoi il existe un risque que ces dernières soient manifestement insoutenables⁴⁴⁸. Cela entraînerait une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire, qui équivaut à une forme *qualifiée* d'illégalité⁴⁴⁹.
- 279 L'interdiction de l'arbitraire entretient une *relation spéciale avec le droit public*⁴⁵⁰ et en particulier avec la problématique de la marge de manœuvre (cf. point C.). Premièrement, elle soumet l'Etat à un contrôle sur les motifs qui

⁴⁴⁴ UHLMANN/BUKOVAC (2019), p. 48.

⁴⁴⁵ UHLMANN/BUKOVAC (2019), p. 48.

⁴⁴⁶ CR Cst. – DUBEY JACQUES, art. 9 N 8 ; TANQUEREL (2018), N 609.

⁴⁴⁷ CR Cst. – DUBEY JACQUES, art. 9 N 21.

⁴⁴⁸ CR Cst. – DUBEY JACQUES, art. 9 N 14 ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 689-690.

⁴⁴⁹ BSK BV – TSCHENTSCHER AXEL, Art. 9, N 7 ; CR Cst. – DUBEY JACQUES, art. 9 N 25 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 608.

⁴⁵⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 892.

le guident dans l'élaboration de ses actes⁴⁵¹. En effet, c'est seulement dans l'objectivité de son action que le pouvoir étatique trouve sa justification⁴⁵². Secondement, comme nous l'avons vu, dès l'apparition du droit administratif moderne, la doctrine a voulu encadrer la libre appréciation de manière à éviter tout arbitraire de la puissance publique (N 121)⁴⁵³. C'est également dans cette logique que le principe de la légalité impose que toute action étatique soit fondée sur une base légale (N 136 et 226).

Ce qui nous intéresse dans ce travail, c'est le rôle que joue ce principe lorsque l'application de la règle de droit – et donc la décision qui en découle – est arbitraire. Il est fait référence, à cet égard, à l'arbitraire *devant la loi*⁴⁵⁴ ou *dans l'application de la loi*⁴⁵⁵. Enfin, le principe de l'interdiction de l'arbitraire est également pertinent pour notre problématique en cela qu'il définit, dans certains cas, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (point C.).

B. La détermination de l'arbitraire

Selon la jurisprudence, pour entraîner une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire, il faut que la solution retenue soit en contradiction claire avec l'état de fait, qu'elle viole gravement un principe juridique incontesté ou qu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité⁴⁵⁶. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain⁴⁵⁷. En outre, l'arbitraire ne doit pas seulement ressortir de la motivation, mais également du résultat de la décision. Il ne suffit donc pas qu'une autre décision paraisse concevable, voire préférable⁴⁵⁸.

⁴⁵¹ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 689.

⁴⁵² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 893.

⁴⁵³ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 688.

⁴⁵⁴ On retrouve aussi la notion d'interdiction de l'arbitraire *dans* la loi, à savoir lorsqu'une norme est arbitraire soit dans son origine, soit dans ses effets. Cependant, c'est plutôt dans sa composante d'interdiction de l'arbitraire *devant* la loi – dans la phase d'application de cette dernière – que l'interdiction de l'arbitraire nous intéresse en lien avec le pouvoir d'appréciation (cf. DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 696ss).

⁴⁵⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 896.

⁴⁵⁶ ATF 141 I 49, consid. 3.4 ; 138 I 305, consid. 4.3 et arrêt du TF 2D_9/2019 du 22 juillet 2019, consid. 3.1 ; CR Cst. – DUBEY JACQUES, art. 9 N 17.

⁴⁵⁷ Arrêt du TF 8C_320/2020 du 6 août 2020, consid. 2.1 et 2C_1227/2012 du 10 juillet 2013, consid. 4.1.

⁴⁵⁸ ATF 141 I 49, consid. 3.4 ; 138 I 305, consid. 4.3 et 136 I 285, consid. 3.2 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 605.

- 282 Le *seuil* fixé par la pratique pour qu'une décision soit considérée comme arbitraire est donc *plutôt élevé*⁴⁵⁹. Cela est compréhensible car le droit – à travers les principes généraux et les garanties développées par la jurisprudence – encadre les activités étatiques et permet d'éviter la plupart des actes arbitraires⁴⁶⁰.
- 283 Dès lors, comme pour les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité, la *casuistique* joue un rôle important (N 243 et 258).
- 284 Par exemple, un règlement communal n'autorisant que les monuments funéraires en métal ou en bois à l'exclusion de ceux en pierre a été considéré comme arbitraire, car il n'était pas justifiable objectivement⁴⁶¹. Au contraire, une loi cantonale limitant l'exercice de la profession de notaire à l'âge de 70 ans n'a pas été jugée arbitraire. En effet, l'âge de 70 ans est un seuil normalement assez élevé pour permettre aux notaires de constituer leur pension de retraite et cette limite correspond également à l'extension d'âge de la retraite pour certains fonctionnaires et magistrats⁴⁶².
- 285 Pour des exemples d'arbitraire devant la loi, nous renvoyons à notre troisième partie où nous traitons du principe de l'interdiction de l'arbitraire dans la procédure ordinaire de naturalisation⁴⁶³.

C. Le contrôle judiciaire de l'arbitraire

- 286 Les autorités de contrôle peuvent annuler une décision qui viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire. Cependant, si ce principe est important, devant le Tribunal fédéral, il n'a qu'une *portée limitée* en lien avec l'exercice du pouvoir d'appréciation. En effet, lorsque l'autorité excède ou abuse de son pouvoir d'appréciation, cet excès ou abus est déjà en soi constitutif d'une illégalité. Cela a pour conséquence que la personne concernée n'a pas besoin, en plus, de démontrer une violation qualifiée du droit, équivalente à l'arbitraire⁴⁶⁴.
- 287 Le principe de l'interdiction de l'arbitraire, en plus d'être un droit constitutionnel (N 278) invocable en tant que tel peut aussi, dans certains cas, *définir l'étendue du pouvoir d'examen* du Tribunal fédéral. Tel est en particulier le cas dans le cadre du recours en matière de droit public lorsqu'il s'agit de revoir une question relative aux faits (art. 97 LTF) ou relative à l'examen du droit cantonal, dont la violation ne peut être invoquée en tant que telle, à l'exception des droits constitutionnels cantonaux, des droits politiques et du droit intercantonal (art. 95 let. c-e LTF).

⁴⁵⁹ TANQUEREL (2018), N 605.

⁴⁶⁰ MOOR (1998), p. 625.

⁴⁶¹ ATF 101 Ia 392, consid. 4 ; CR Cst. – DUBEY JACQUES, art. 9 N 32.

⁴⁶² ATF 124 I 297, consid. 4c ; CR Cst. – DUBEY JACQUES, art. 9 N 33.

⁴⁶³ 3^{ème} partie, chap. 3, point III. B. 5.

⁴⁶⁴ GRANT (2000), p. 78 ; TANQUEREL (2018), N 607.

Cependant, un tribunal ne peut pas restreindre son pouvoir d'examen à l'arbitraire sans que cela soit prévu légalement – ce qui est le cas de la LTF. En effet, une telle restriction équivaudrait à un déni de justice formel⁴⁶⁵. 288

Pour le surplus, la limitation du pouvoir d'examen au contrôle de l'arbitraire est développée plus en détail dans la partie consacrée au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral⁴⁶⁶. 289

VI. L'indétermination des principes généraux du droit et des droits fondamentaux

Comme nous l'avons vu dans ce chapitre, l'autorité doit respecter *un cadre* qui constitue la base et la limite de sa prise de décision (N 222). Celui-ci est concrétisé notamment à travers les principes de la légalité, l'intérêt public, la proportionnalité et l'interdiction de l'arbitraire. Ces principes ont *en commun* un champ d'application très large et une faible normativité qui leur confère un contenu très ouvert, susceptible de s'adapter à toutes les configurations pouvant potentiellement se présenter⁴⁶⁷. 290

Cette indétermination est *nécessaire* pour ne pas limiter le champ d'action des différentes autorités. Premièrement, l'ordre juridique ne peut pas tout prévoir, ni tout réglementer, d'une part, parce que ce n'est pas humainement et techniquement envisageable et, d'autre part, parce que l'action publique a besoin d'une certaine liberté pour être efficace (N 145). Deuxièmement, ces principes généraux et droits fondamentaux étant principalement de rang constitutionnel, leur amendement nécessite une procédure assez lourde. Dès lors, une formulation ouverte, pouvant évoluer avec la société, est nécessaire⁴⁶⁸. Ce dernier argument est également valable pour les droits fondamentaux découlant du droit international comme, par exemple, la CEDH⁴⁶⁹. Finalement, qui dit liberté dit également risque d'abus, contre lesquels il est indispensable d'avoir des « clauses générales » au contenu ouvert, permettant une action matériellement illimitée et non liée à un champ matériel précis⁴⁷⁰. 291

Dès lors, malgré sa nécessité, cette indétermination a comme conséquence que *la marge de manœuvre* – à savoir des normes à faible densité normative ou accordant une liberté d'appréciation – *est encadrée par des normes à faible* 292

⁴⁶⁵ Pour plus de détails, cf. 2^{ème} partie, chap. 4, point III.

⁴⁶⁶ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point III.

⁴⁶⁷ ATF 139 I 16, consid. 4.2.1 ; MARTENET (2016), p. 92.

⁴⁶⁸ AMMANN (2020), p. 177.

⁴⁶⁹ AMMANN (2020), p. 179.

⁴⁷⁰ MOOR (1998), p. 607.

densité normative. Le pouvoir de régulation de ces principes est donc faible et soulève la question de la prévisibilité du droit dans ces cas de figure⁴⁷¹. En outre, d'un point de vue procédural, l'autorité de recours s'impose généralement une certaine retenue pour revoir les griefs liés à ces principes, ce qui limite encore l'étendue du contrôle (N 243)⁴⁷².

- 293 Enfin, vu la faible densité normative de ces principes, la *casuistique* joue un rôle important dans la détermination de leur champ d'application ainsi que la conformité de l'exercice de la marge de manœuvre. En effet, en l'absence de solutions préétablies ou de contenu propre comme pour le principe de la proportionnalité (N 251), c'est seulement à travers l'examen des circonstances du cas d'espèce que les autorités de recours détermineront si la décision est conforme au(x) principe(s) invoqué(s).

VII. Une conclusion intermédiaire

- 294 Ce chapitre nous a permis de faire le *tour du cadre* qui s'impose aux autorités dans le processus décisionnel. Ce cadre comporte plusieurs aspects (principes généraux, densité normative et interprétation) qui interviennent à différents moments et niveaux du processus décisionnel.
- 295 Les *principes généraux du droit* suivants doivent guider l'autorité dans sa prise de décision individuelle et servent de base et de limite à la marge de manœuvre : principes de la légalité (N 226ss), de l'intérêt public (N 237ss), de la proportionnalité (N 249ss) et de l'interdiction de l'arbitraire qui intervient comme *ultima ratio* (N 278ss).
- 296 Si ces principes généraux posent un cadre à la prise de décision, ils ont eux-mêmes une faible densité normative. Cela est nécessaire pour qu'ils puissent s'adapter à toutes situations futures, y compris (et surtout) celles que le législateur n'a pas envisagé. Cependant, cela a comme contrepartie que le *pouvoir de régulation de ces principes est faible* et ils accordent eux-mêmes une marge de manœuvre importante aux autorités (N 292). Cela est particulièrement marquant avec le principe de la proportionnalité, dont il est parfois difficile de tracer les limites, en particulier avec l'opportunité (N 265).
- 297 Sur cette base, notre **thèse n° 3** est la suivante : la faible densité normative des principes généraux est nécessaire pour que leur champ d'application soit étendu autant que possible. En conséquence, le cadre qu'ils fixent laisse une

⁴⁷¹ TSCHANNEN (2019), p. 310.

⁴⁷² SCHINDLER (2010), N 400.

marge de manœuvre aux autorités, ce qui peut entraîner une certaine imprévisibilité quant à l'issue de la procédure.

Chapitre 2 : La marge de manœuvre des autorités de première instance

Après quelques généralités (point I.), nous abordons le pouvoir d'appréciation des autorités de première instance (point II.). Ensuite, nous traitons de l'établissement des faits (point III.) et de l'application du droit (point IV.). Enfin, nous formulons une conclusion intermédiaire (point V.). 298

I. Quelques généralités sur la notion de pouvoir d'appréciation

Le *pouvoir d'appréciation* est l'expression employée pour qualifier la marge de manœuvre de l'autorité administrative de première instance⁴⁷³. On se situe donc en procédure non contentieuse, à savoir lorsque l'autorité va rendre, d'office ou sur requête, la première décision de la procédure⁴⁷⁴. 299

Afin de prendre une décision, l'autorité de première instance doit d'abord *établir l'état de fait* pertinent. Pour ce faire, elle va récolter l'ensemble des faits, puis examiner le droit potentiellement applicable et, sur cette base, retenir les faits pertinents pour le droit, grâce aux moyens de preuve à sa disposition. Une fois ces étapes accomplies, elle peut construire son argumentation, appliquer le droit et décider (dispositif)⁴⁷⁵. 300

Dans cette première phase de la procédure, une *marge de manœuvre* peut s'avérer nécessaire. En effet, elle permet à l'autorité, d'une part, de prendre en compte adéquatement les circonstances du cas d'espèce et, d'autre part, d'accomplir son travail d'administration de manière efficiente, en poursuivant les buts qui lui sont assignés (N 143-144). Dès lors, lorsque le législateur désire accorder une telle marge à l'autorité administrative, il peut le faire de deux 301

⁴⁷³ ATAF 2015/2, consid. 4.3.1 ; TANQUEREL (2018), N 500.

⁴⁷⁴ RHINOW ET AL. (2021), N 838.

⁴⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 967 ; RHINOW ET AL. (2021), N 840 et 845.

manières : soit par une latitude de jugement, soit par une liberté d'appréciation⁴⁷⁶.

- 302 Cependant, être au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation ne signifie pas que l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour rendre une décision. Au contraire, elle *doit respecter* les principes généraux du droit⁴⁷⁷ et les droits fondamentaux et contribuer à leur réalisation (art. 35 al. 2 Cst.), sous peine de commettre un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation⁴⁷⁸.
- 303 Au niveau fédéral, il n'y a pas de norme qui traite du pouvoir d'appréciation de l'autorité si ce n'est, de manière indirecte, dans la disposition relative *aux motifs de recours* (art. 49 let. a PA). S'agissant des lois cantonales relatives à la procédure et à la juridiction administrative, les régimes et les mentions relatifs au pouvoir d'appréciation varient d'un canton à l'autre.
- 304 Par exemple, le code de procédure fribourgeois contient un article intitulé « pouvoir d'appréciation », libellé comme suit : « L'autorité exerce son pouvoir d'appréciation en se fondant sur des critères objectifs et raisonnables. Elle choisit la mesure la plus appropriée aux circonstances. »⁴⁷⁹. D'autres cantons en font simplement mention dans des dispositions consacrées à un autre sujet (comme les principes généraux ou l'établissement des faits). Tel est le cas du code de procédure administrative jurassienne, qui mentionne cette expression en lien avec les principes de l'activité administrative⁴⁸⁰ ou dans la loi sur la juridiction administrative lucernoise qui évoque, à plusieurs endroits, que l'autorité doit décider « *nach pflichtgemässen Ermessen* »⁴⁸¹. Enfin, certains cantons n'en font pas du tout mention⁴⁸² ou seulement dans la disposition relative aux motifs de recours, qui prévoit que les autorités peuvent revoir la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation⁴⁸³.

⁴⁷⁶ TANQUEREL (2018), N 505.

⁴⁷⁷ Cf. *supra* 2^{ème} partie, chap. 1.

⁴⁷⁸ Cf. *infra* 2^{ème} partie, chap. 3, point II. C. 3.

⁴⁷⁹ Art. 9 Code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991, RS-FR 150.1.

⁴⁸⁰ Art. 21 et 23 de la loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du 30 novembre 1978, RS-JU 175.1.

⁴⁸¹ § 56 et 72 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege du 3 juillet 1972, RS-LU 40.

⁴⁸² Par exemple les cantons d'Argovie, d'Obwald et de Saint-Gall.

⁴⁸³ Par exemple les cantons de Neuchâtel (art. 33 let. a LPJA-NE), Genève (art. 61 al. 1 let. a LPA-GE), Valais (art. 47 al. 2 LPJA-VS) et Vaud (art. 76 al. 1 let. a et 98 al. 1 let. a LPA-VD).

II. Le pouvoir d'appréciation des autorités de première instance

Nous traitons ici du pouvoir d'appréciation qui s'exprime soit sous la forme d'une latitude de jugement (point A.) soit d'une liberté d'appréciation (point B.). Puis, nous examinons les différentes approches du pouvoir d'appréciation et expliquons celle que nous retenons dans la suite de ce travail (point C.). 305

A. La latitude de jugement et les notions juridiques indéterminées

1. La notion

La latitude de jugement (« *Beurteilungsspielraum* ») est une des deux composantes du pouvoir d'appréciation de l'autorité, qui est rattachée aux notions juridiques indéterminées. Elle est présente dans une norme qui décrit les conditions de la conséquence juridique ou la conséquence juridique elle-même à travers des notions juridiques indéterminées⁴⁸⁴. Dans ces cas de figure, le législateur délègue, à l'autorité administrative, la responsabilité de donner du sens à la notion juridique indéterminée dans le cas concret⁴⁸⁵. 306

La présence de notions juridiques indéterminées laisse une certaine latitude à l'autorité dans l'évaluation et la qualification des faits auxquels la norme doit s'appliquer⁴⁸⁶. Cependant, chaque notion juridique indéterminée ne réserve pas forcément une latitude de jugement à l'autorité. L'étendue de l'indétermination et la marge de manœuvre que le législateur a voulu réserver à l'administration est déterminée *par interprétation*⁴⁸⁷. 307

⁴⁸⁴ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 451 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 413 ; WALDMANN/WIEDERKEHR (2019), p. 254.

⁴⁸⁵ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 451 ; MAURER/WALDHOF (2017), § 7 N 32 ; RHINOW (2017), p. 86.

⁴⁸⁶ GRANT (2000), p. 63 ; TANQUEREL (2018), N 507.

⁴⁸⁷ TSCHANNEN (2008), N 111 ; WALDMANN/WIEDERKEHR (2019), p. 254.

2. La concrétisation à travers les notions juridiques indéterminées

- 308 Comme nous l'avons vu dans le chapitre 2 de la première partie, les normes peuvent contenir plusieurs échelons de détermination, suivant leur densité (N 154ss). Il n'y a, dès lors, pas de limite claire entre les notions juridiques déterminées et indéterminées. Au contraire, cette limite fluctue d'un cas à l'autre⁴⁸⁸.
- 309 D'un côté, il y a les *notions juridiques déterminées*, soit des normes claires et précises dont les conditions correspondent à une réalité objectivement déterminable. En présence de telles normes, il ne reste pas de latitude de jugement à l'autorité qui doit rendre une décision répondant à ce qui est prévu par la norme. Il en va ainsi lorsque la loi prend comme faits déterminants la nationalité de la personne ou une notion quantifiée comme son âge (N 153). Dans ces cas de figure, il suffit d'appliquer le processus syllogistique afin d'arriver à une solution⁴⁸⁹. En effet, le résultat de la lecture du texte normatif est juridiquement univoque et permet de dégager un sens clair, indépendant des spécificités du cas particulier⁴⁹⁰.
- 310 Bien qu'on retrouve de telles normes en droit des personnes étrangères, elles constituent – comme dans les autres domaines du droit – plutôt l'exception. On peut donner comme exemple de formulation déterminée l'art. 42 al. 1 LEI qui prévoit que « [l]e conjoint d'un ressortissant suisse ainsi que ses enfants célibataires de moins de 18 ans ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui »⁴⁹¹.
- 311 De l'autre côté, il y a les *notions juridiques indéterminées*, soit des normes dont la densité normative est faible. Dans ces cas, la formulation adoptée par le législateur donne une ligne directrice dont la signification concrète ne peut être précisée que par rapport à la configuration particulière des faits⁴⁹². L'emploi de telles notions découle, du moins en partie, du fait que le législateur ne peut pas toujours prévoir tous les cas de figure qui vont se présenter et il est parfois obligé d'adopter une formulation ouverte pour qu'il puisse être tenu

⁴⁸⁸ MARTIN/SELTMANN/LOHER (2016), p. 123.

⁴⁸⁹ GRANT (2000), p. 63 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 746.

⁴⁹⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 127, 138.

⁴⁹¹ Toutefois, nous relevons qu'il faut nuancer le caractère déterminé de cette norme, puisque la notion de « ménage commun » laisse une certaine marge de manœuvre aux autorités d'application ; cf. SEM, Directives LEI, chap. 6.1.4, p. 103 (état au 1^{er} mars 2022).

⁴⁹² MOOR (2010), p. 122.

compte des circonstances concrètes des différents cas d'espèce⁴⁹³ ou en d'autres mots, comme le dit RHINOW « *Der Gesetzgeber kann nicht alles* »⁴⁹⁴. Tel est en particulier le cas lorsque la réalité à laquelle se réfère le texte de la norme ne se laisse pas réduire à des éléments simples mais dépend, au contraire, d'éléments concrets⁴⁹⁵.

Les exemples types de notion juridique indéterminée sont ceux de « justes motifs » en droit de la fonction publique⁴⁹⁶, de « cas de rigueur » en droit des personnes étrangères⁴⁹⁷ ou encore d'« intérêt public » et de « proportionnalité »⁴⁹⁸. 312

Il y en a également plusieurs dans le régime ordinaire du *droit des personnes étrangères* comme « les intérêts économiques du pays » ou le « logement approprié » qui sont examinés dans le cadre de la délivrance d'une autorisation en cas de séjour avec une activité lucrative⁴⁹⁹ ; le « cas individuel d'une extrême gravité » dans la détermination du cas de rigueur⁵⁰⁰ ; les « raisons personnelles majeures » dans le cadre de la dissolution de la famille et qui permettent, si elles sont reconnues, à la personne de poursuivre son séjour en Suisse⁵⁰¹. Dans plusieurs textes, les expressions « la sécurité et l'ordre publics »⁵⁰² et, dans le domaine de l'asile, celle de la « vraisemblance »⁵⁰³ sont également utilisées. 313

3. Le processus de détermination de la latitude de jugement

a. L'interprétation et l'application

La présence d'une norme à faible densité normative, comme c'est le cas d'une norme réservant une latitude de jugement, implique « un espace d'autonomie administrative qui requiert de l'autorité qu'elle pondère les intérêts en 314

⁴⁹³ WOLFF/BACHOF/STOBER (1994), § 31 N 12.

⁴⁹⁴ RHINOW (2017), p. 79.

⁴⁹⁵ Arrêt du TAF B-4685/2013 du 25 février 2014, consid. 10.3 ; MOOR (2010), p. 122.

⁴⁹⁶ Art. 10 al. 4 Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers), RS 172.220.1.

⁴⁹⁷ Art. 14 al. 2 LAsi et 30 al. 1 let. b LEI.

⁴⁹⁸ ATAF 2015/2, consid. 4.3.3 ; SCHWARZENBACH (2005), p. 42.

⁴⁹⁹ Art. 18 et 24 LEI.

⁵⁰⁰ Art. 30 al. 1 let. b LEI et 31 OASA.

⁵⁰¹ Art. 50 al. 1 let. b LEI.

⁵⁰² Notamment dans différents chapitres de la LEI (notamment art. 5 al. 1 let. c, 58a al. 1 let. a LEI, fin du séjour et admission provisoire), à l'art. 5 ann. I ALCP, aux art. 12 al. 1 let. a et 26 al. 1 let. c LN et aux art. 24a al. 1 et 83 al. 1 LAsi.

⁵⁰³ Art. 7 LAsi.

présence »⁵⁰⁴. Dès lors, afin de réaliser cette opération, cette dernière ne peut se fonder sur une solution préétablie qui s'appliquerait indépendamment des circonstances concrètes du cas d'espèce. Au contraire, les autorités doivent fournir un *travail interprétatif et argumentatif* pour préciser ces notions indéterminées et leur donner du sens⁵⁰⁵.

315 Plus concrètement, il faut commencer par *interpréter* la norme (N 193ss). Pour ce faire, il faut dégager les différents paramètres du cas concret qui vont donner du sens à la notion et la déterminer. Ces derniers doivent être pertinents au regard de la norme. La liste et la pertinence des paramètres peut, en outre, évoluer avec le temps. Dans ce processus, en plus de donner du sens à la norme, l'autorité doit également procéder à l'évaluation et à la qualification des faits auxquels la norme doit s'appliquer⁵⁰⁶.

316 Une fois la phase d'interprétation terminée, on passe à la phase d'*application* qui, pour qu'elle aboutisse, nécessite que l'interprète emprunte le cheminement argumentatif le plus pertinent parmi tous ceux possibles (N 197ss). En effet, l'indétermination de la norme conduit indubitablement à l'opération d'un choix, qui incarne la marge de manœuvre dont bénéficie l'autorité. Au terme de ce cheminement, l'autorité va rendre une décision en adoptant une norme particulière et c'est à ce moment-là que la notion juridique indéterminée devient réellement déterminée⁵⁰⁷.

b. Le développement du sens de la règle

317 Le développement du *sens* de la règle, par opposition au texte de la règle, qui reste lui inchangé, permet l'ouverture du système, car il rend possible la prise en compte d'un changement de conception ou de circonstances pour donner un sens nouveau à un texte⁵⁰⁸. Ce développement enrichit donc la substance de la norme générale en lui donnant un nouvel aspect sur lequel la norme générale n'avait jusque-là rien dit et à propos duquel on ne savait pas ce qu'elle avait à dire⁵⁰⁹. Cette possibilité d'évolution du sens de la règle et, plus généralement, du droit est possible *grâce à la faible densité normative* qui confère une marge de manœuvre à l'autorité (N 161).

⁵⁰⁴ MOOR (2005), p. 85.

⁵⁰⁵ MOOR (2010), p. 157 ; MOOR (2005), p. 86.

⁵⁰⁶ TANQUEREL (2018), N 507.

⁵⁰⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 138-140.

⁵⁰⁸ MOOR (2010), p. 115.

⁵⁰⁹ MOOR (2010), p. 158.

Le développement du sens de la règle peut aussi mener à ce qu'une notion juridique indéterminée *devienne déterminée*, par une certaine interprétation qui en est faite. Tel est par exemple le cas de la notion de « peine privative de liberté de longue durée » contenue à l'art. 62 al. 1 let. b LEI et que le législateur a sciemment décidé de ne pas définir plus précisément. Cependant, dans l'ATF 135 II 377, le Tribunal fédéral a fixé cette limite à une année, ce qui correspond à la durée à partir de laquelle une peine pécuniaire n'est plus possible et qu'une peine privative de liberté est ordonnée⁵¹⁰. Cette détermination de la durée n'empêche pas qu'une pesée des intérêts en présence soit effectuée dans chaque cas d'espèce, en tenant compte des critères des art. 96 LEI et 8 par. 2 CEDH⁵¹¹. Cette durée ainsi déterminée a ensuite été reprise dans la pratique administrative du SEM⁵¹². 318

c. L'examen subséquent de la latitude de jugement

La latitude de jugement laisse ainsi à l'autorité la marge de manœuvre nécessaire afin d'appréhender, par son interprétation, le sens réel de la norme. Cette opération permet ensuite à l'autorité de déterminer si le cas d'espèce est un cas particulier de la norme. Dès lors, l'interprétation d'une notion juridique indéterminée et la qualification juridique des faits est une question de droit. À ce titre – du moins d'un point de vue théorique – elle peut être *librement* revue par l'autorité de recours comme c'est prévu, au niveau fédéral, par les art. 49 PA et 95 LTF⁵¹³. 319

Malgré cette qualification juridique de la latitude de jugement se pose la question de savoir si cette marge de manœuvre laissée aux autorités d'application doit être l'apanage de l'autorité administrative ou si elle peut également ressortir de la compétence du juge administratif. Cette question, épineuse en droit public, n'a pas la même portée en droit privé ou en droit pénal où un juge rend généralement les décisions à tous les échelons (N 211). Dès lors, comme nous le verrons dans les chapitres consacrés à l'étendue du pouvoir d'examen⁵¹⁴, en pratique, les autorités judiciaires ont tendance à s'imposer une *certaine retenue* également au moment de revoir l'application de notions juridiques indéterminées. 320

⁵¹⁰ ATF 135 II 377, consid. 4.2 ; À noter que cette durée était basée sur l'art. 34 al. 1 CP, qui a entre-temps changé pour prévoir qu'une peine pécuniaire ne peut plus excéder 180 jours-amende.

⁵¹¹ ATF 135 II 377, consid. 4.3.

⁵¹² SEM, Directives LEI, chap. 8.3.1.2, p. 175 (état au 1^{er} mars 2022).

⁵¹³ TANQUEREL (2018), N 508.

⁵¹⁴ Cf. 2^{ème} partie, chap. 4, point V.

B. La liberté d'appréciation et l'opportunité

1. La notion

- 321 Il y a une liberté d'appréciation lorsque l'autorité chargée d'appliquer la loi a le choix entre plusieurs solutions *a priori* toutes conformes au droit. Cela implique concrètement qu'une fois toutes les exigences légales remplies, l'administration n'est pas liée par une solution prédéterminée par la loi et peut choisir la meilleure solution parmi celles qui sont à disposition. Contrairement à la latitude de jugement, la marge de manœuvre n'est pas dans l'application (ou non) de l'état de fait à la notion juridique indéterminée, mais dans les suites à donner au dossier examiné (« *Rechtsfolgeermessen* »)⁵¹⁵.
- 322 La liberté d'appréciation peut s'exprimer *sous plusieurs formes* : soit l'administration peut agir ou ne pas agir (« *Entschliessungsermessen* »), soit elle a le choix entre plusieurs mesures ou à l'intérieur d'une fourchette de mesures (« *Auswahlermessen* »), soit la mesure qu'elle doit prendre exige par elle-même d'être individualisée⁵¹⁶. En droit des personnes étrangères, c'est la première possibilité que l'on retrouve le plus. En effet, lorsqu'elle en a la possibilité, l'autorité peut délivrer ou ne pas délivrer une autorisation d'entrée et de séjour⁵¹⁷.
- 323 Cependant, même si l'autorité dispose d'une certaine liberté d'appréciation, cela ne signifie pas pour autant qu'elle ait une compétence discrétionnaire dans sa prise de décision⁵¹⁸. Au contraire, il est plus exact de parler de liberté d'appréciation liée (« *plichtgemäss Ermessen* »), sous entendue liée au cadre légal⁵¹⁹. En effet, ce n'est pas parce que la loi accorde une liberté d'appréciation à l'autorité pour rendre sa décision que celle-ci peut rendre des décisions différentes dans des cas similaires, sans raisons objectives⁵²⁰. Au contraire, la Constitution⁵²¹ ainsi que la loi, dont il faut respecter le sens et le but, posent un cadre à l'exercice de la liberté d'appréciation⁵²² qui, s'il n'est pas respecté par l'autorité, constitue un abus ou un excès de la liberté d'appréciation et donc

⁵¹⁵ GRANT (2000), p. 65 ; TANQUEREL (2018), N 500.

⁵¹⁶ GRANT (2000), p. 65 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 398-402 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 740 ; TANQUEREL (2013), p. 215.

⁵¹⁷ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 3.

⁵¹⁸ SCHWARZENBACH (2005), p. 43.

⁵¹⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 409 ; SCHOCH (1984), p. 13.

⁵²⁰ ATF 138 I 305, consid. 1.4.5.

⁵²¹ Cf. 2^{ème} partie, chap. 1.

⁵²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 409.

une illégalité. Néanmoins, une fois le cadre de la légalité respecté, l'autorité qui exerce sa liberté d'appréciation pourra alors se déterminer en *opportunité*⁵²³.

2. La concrétisation à travers la notion d'opportunité

L'opportunité est intimement liée à la liberté d'appréciation telle que définie précédemment en ce sens qu'elle en est sa concrétisation : l'autorité disposant d'une liberté d'appréciation peut ainsi choisir la solution la plus *opportune* au cas d'espèce. 324

Des enjeux importants sont rattachés à la notion d'opportunité et plus particulièrement à son contrôle. En principe, seules les autorités administratives et gouvernementales sont habilitées et aptes à se déterminer en opportunité, car cela fait intrinsèquement partie des compétences qui leur sont dévolues : elles ne rendent pas seulement une décision conforme à la loi, elles administrent également⁵²⁴. Cela implique la présence d'une liberté *micropolitique* dans leur prise de décision (N 144 et 148). 325

Cet aspect ne fait donc pas partie des compétences classiques du juge qui s'abstient généralement de revoir l'opportunité d'une décision et ne concentre son contrôle que sur la légalité de celle-ci⁵²⁵. Dès lors, il est nécessaire de distinguer les aspects relevant du droit et ceux relevant de l'opportunité d'une décision. Cependant, comme nous l'avons vu en essayant de délimiter la notion d'opportunité par rapport à celle de la proportionnalité, il n'est pas possible de définir une limite claire dans l'abstrait. Au contraire, cette dernière est tributaire des circonstances de chaque cas d'espèce ainsi que de la dénomination attribuée par les personnes qui l'appliquent (N 265ss). 326

Ainsi, l'opportunité (« *die Angemessenheit* », « *die Zweckmässigkeit* » ou encore « *die Opportunität* »⁵²⁶) peut être définie comme l'espace de liberté qui reste à l'autorité – une fois prises en compte toutes les prescriptions imposées par la loi – entre plusieurs solutions prévues par le législateur : l'autorité peut ainsi faire des choix dans l'application de la loi, mais pas celui de l'appliquer ou non⁵²⁷. 327

⁵²³ ATAF 2015/2, consid. 4.3.2 ; GRANT (2000), p. 67 ; SCHOCH (1984), p. 13 ; TANQUEREL (2018), N 502.

⁵²⁴ DÉFAGO GAUDIN (2021), N 21 et 23.

⁵²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 397.

⁵²⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 4.

⁵²⁷ ATAF 2015/9, consid. 6.1.

328 L'autorité administrative devra donc étudier la situation afin de rendre la décision qui paraît la plus appropriée, adéquate ou judicieuse au vu des circonstances du cas d'espèce et de la politique qu'elle entend mener. L'opportunité – ainsi définie négativement – est donc la *catégorie résiduelle*, la marge qui reste à l'autorité lorsque l'exercice de sa liberté d'appréciation n'est ni excessif, ni abusif⁵²⁸.

329 Pour illustrer nos propos, nous avons choisi un exemple inspiré de la *fixation d'une sanction administrative* et imaginé par KIRCHHOFFER et TANQUEREL. Supposons qu'une loi administrative prévoit que sa violation peut entraîner une amende allant de 100 à 10'000 francs, cette sanction étant prononcée par l'autorité administrative compétente. Dans notre exemple, un administré a violé ladite loi dans un cas donné. *A priori*, l'autorité administrative a le choix entre une peine allant de 100 à 10'000 francs, voire elle pourrait renoncer à toute sanction. Cependant, à ce stade, pour respecter son pouvoir d'appréciation, elle doit prendre en compte les principes généraux du droit. Le principe de la proportionnalité lui exhorte de ne pas aller au-delà de 5'000 francs. En outre, pour les cas de même gravité, elle n'a jamais prononcé une peine supérieure à 3'000 francs. Pour respecter le principe d'égalité de traitement, sa fourchette est réduite de 100 à 3'000 francs. A l'intérieur de cette fourchette déterminée par les différentes contraintes juridiques, elle peut donc se déterminer en opportunité et rendre la solution qui lui paraît la plus appropriée par rapport à la politique qu'elle entend mener. Cela implique qu'une autorité va peut-être infliger une sanction de 200 francs, une autre en aurait peut-être infligé une de 1'000 ou de 2'500 sans que cela ne soit critiquable du point de vue de la légalité, voire de l'opportunité suivant la politique menée⁵²⁹.

3. Le processus de détermination de la liberté d'appréciation

330 Afin de savoir si l'autorité est au bénéfice d'une liberté d'appréciation pour rendre sa décision ainsi que l'étendue de cette dernière, il va falloir interpréter la norme (N 193ss)⁵³⁰. L'interprétation permet d'identifier les éléments à propos desquels la loi ne fixe pas une limite textuelle claire et ainsi de déterminer l'ampleur de la marge de manœuvre laissée à l'autorité⁵³¹.

331 Cet aspect lié à l'interprétation est une question de droit que l'autorité de recours revoit en principe librement⁵³². Par exemple, la présence d'une disposition potestative (« *Kann-vorschrift* ») aide à déterminer s'il existe ou non une telle liberté, mais la formulation potestative n'est qu'un indice, à pondérer,

⁵²⁸ TANQUEREL (2013), p. 212.

⁵²⁹ KIRCHHOFFER (1930), p. 49-50 ; TANQUEREL (2013), p. 213-214.

⁵³⁰ ATAF 2015/9, consid. 7.5 ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 429 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 740 ; TANQUEREL (2013), p. 217 .

⁵³¹ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 430.

⁵³² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 407 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 4.

avec les autres éléments, lors de l'interprétation de la norme⁵³³. En effet, d'autres éléments de l'interprétation, une pratique constante des autorités ou la comparaison entre la formulation de la norme dans les autres langues peuvent mener à une autre conclusion⁵³⁴.

Un autre exemple de liberté d'appréciation se retrouve dans les cas où la loi laisse le choix à l'administration entre plusieurs solutions, comme une échelle de gravité des sanctions à l'encontre des fonctionnaires qui accorde à l'autorité le choix entre le simple avertissement, le blâme, la suspension, la dégradation ou la révocation⁵³⁵. 332

Si l'interprétation opérée dans le but de déterminer la présence d'une liberté d'appréciation est une question de droit, le *contrôle de l'exercice de la liberté d'appréciation* est lui une question relevant de l'opportunité. Il ne peut donc être revu que par une autorité au bénéfice d'un contrôle étendu à l'opportunité. Cependant, et au même titre que pour la latitude de jugement (N 320), se pose la question de savoir si une autorité de recours judiciaire peut pleinement revoir une question ayant trait à une marge de manœuvre ou si la concrétisation de cette dernière est l'apanage des autorités administratives. Dès lors, comme nous le verrons dans le chapitre consacré à l'étendue du pouvoir d'examen, en pratique, les autorités judiciaires au bénéfice d'un pouvoir d'examen étendu à l'opportunité ont tendance à s'imposer une *certaine retenue* au moment de revoir l'exercice d'une liberté d'appréciation⁵³⁶. 333

C. Les différentes approches du pouvoir d'appréciation

1. Quelques généralités

Comme nous l'avons vu, l'autorité de première instance dispose, dans certains cas, d'une marge de manœuvre ou, en d'autres mots, d'un pouvoir d'appréciation au sens large du terme. Celle-ci peut se manifester sous deux formes distinctes : la latitude de jugement (N 306ss) et la liberté d'appréciation (N 321ss). 334

⁵³³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 740-741 ; RHINOW (2017), p. 85 ; TANQUEREL (2018), N 506.

⁵³⁴ SCHINDLER (2010), N 220.

⁵³⁵ Cf. art. 25 al. 1 de la loi sur l'organisation des établissements et le statut du personnel pénitentiaires de la République et canton de Genève du 3 novembre 2016, RS/GE F 1 50 (traitée dans l'arrêt du TF 8C_24/2017 du 13 décembre 2017) ; TANQUEREL (2018), N 506.

⁵³⁶ Cf. 2^{ème} partie, chap. 4 points V.B.2.c, V.B.3 et V.C.

335 Cependant, la manière d’appréhender ces deux composantes ne fait pas l’unanimité dans la doctrine. Afin d’approfondir cette problématique, nous retraçons d’abord l’évolution de la conception du pouvoir d’appréciation (point 2.). Nous présentons ensuite les différents courants de doctrine : le premier qui plaide pour une approche *dualiste* – théorie classique – distinguant la latitude de jugement de la liberté d’appréciation quant à l’étendue du contrôle (point 3.). Le deuxième plaide pour une approche *unitaire* du pouvoir d’appréciation en ne distinguant pas la latitude de jugement de la liberté d’appréciation (point 4.)⁵³⁷. Une troisième approche, apparue plus récemment mais largement reprise dans la doctrine, a été élaborée par SCHINDLER dans sa thèse d’habilitation en 2010. Elle se concentre sur le *but* poursuivi par la marge de manœuvre qu’elle divise en cinq catégories (point 5.)⁵³⁸. Enfin, nous proposons une mise en perspective critique, exposant l’approche que nous retenons pour la suite de ce travail (point 6.).

2. L’évolution de la conception du pouvoir d’appréciation

336 Comme nous l’avons présenté dans le premier chapitre de la première partie, l’évolution de la conception de la marge de manœuvre a évolué parallèlement à l’évolution des institutions et du droit administratif (N 26ss). Dès lors, pour avoir une meilleure compréhension des controverses doctrinales qui la traversent encore actuellement, il faut remonter dans la doctrine et la pratique de la seconde moitié du XX^{ème} siècle⁵³⁹.

337 C’est en particulier la question de savoir s’il pouvait également y avoir un pouvoir d’appréciation dans la détermination de l’état de fait qui a suscité beaucoup de discussions⁵⁴⁰. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne donne pas de réponse claire et a, au contraire, fluctué avec le temps⁵⁴¹.

338 En effet, le Tribunal fédéral a repris, dans les années soixante, la théorie « *der einzig richtigen Lösung* » qui voulait qu’en présence d’une latitude de jugement il n’y ait qu’une seule solution correcte, à déterminer par interprétation,

⁵³⁷ Pour un aperçu des différents courants doctrinaux, cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 393 ; TANQUEREL (2018), N 510.

⁵³⁸ Cf. SCHINDLER BENJAMIN, *Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/St-Gall 2010.

⁵³⁹ Les aspects antérieurs à cette période ont déjà été traités dans la 1^{ère} partie, chap. 2, point III.

⁵⁴⁰ SCHINDLER (2013a), p. 365-366.

⁵⁴¹ SCHINDLER (2010), N 213ss.

alors qu'en présence d'une liberté d'appréciation, les autorités administratives pouvaient choisir entre plusieurs solutions également justes⁵⁴².

Or, avant le développement de cette théorie, on reconnaissait un pouvoir d'appréciation également dans l'appréciation des faits (« *Tatbestandermessung* »). 339
Celui-ci consistait à évaluer les faits et décider s'ils correspondaient à ceux auxquels le droit rattache certaines conséquences juridiques⁵⁴³. Dès lors, ce changement ne fait pas l'unanimité dans la doctrine et de l'aveu même du Tribunal fédéral, il est théoriquement et pratiquement *difficile de fixer la limite entre droit et appréciation* en présence de certaines notions juridiques indéterminées⁵⁴⁴. Il ajoute que « [c]ela n'a pas une importance pratique considérable, car, si le Tribunal fédéral ne revoit les questions d'appréciation qu'en cas d'excès ou d'abus de pouvoir (art. 104 OJ), il reconnaît aussi à l'administration une marge de décision pour l'application du droit au sein de ladite notion juridique imprécise, du moins lorsqu'il s'agit de questions techniques ou de questions dépendant des circonstances locales »⁵⁴⁵.

En présence de cette « marge de décision », le Tribunal fédéral s'impose donc 340
une *retenue* dans sa cognition et n'examine que si l'autorité a respecté le cadre de son pouvoir d'appréciation⁵⁴⁶. Cependant, cette réduction du pouvoir d'examen n'est possible que dans une certaine limite. En effet, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral ne doit pas être réduit de manière inacceptable (« *unzulässige* ») et la marge d'appréciation ne doit être reconnue que dans des limites étroites définies aussi précisément que possible⁵⁴⁷.

La théorie « *der einzig richtige Lösung* » est *abandonnée*, car étant considérée 341
comme obsolète et dépassée. Elle n'est effectivement pas compatible avec la reconnaissance de la composante créatrice conférée à l'interprétation (N 162), ainsi qu'avec le fait que le Tribunal fédéral s'impose également une retenue dans l'examen des notions juridiques indéterminées pour lesquelles le législateur a voulu donner une latitude de jugement à l'administration. En effet, la reconnaissance d'une marge de manœuvre à l'autorité administrative ne coïncide pas avec la prémisse qui veut qu'une seule solution correcte existe⁵⁴⁸.

⁵⁴² Première fois adoptée dans ATF 91 I 69, consid. 2, puis parmi d'autres ATF 95 I 33, consid. 4b ; ATAF 2015/2, consid. 4.3.4 ; KNAPP (1971), p. 411 ; RHINOW (2017), p. 88 ; SCHOCH (1984), p. 28ss.

⁵⁴³ KNAPP (1971), p. 410.

⁵⁴⁴ ATF 96 I 369, consid. 4 ; RHINOW (2017), p. 104-105, qui cite l'ATF 106 Ib 118.

⁵⁴⁵ ATF 106 Ib 118, consid. 2.

⁵⁴⁶ ATF 104 Ib 108, consid. 3.

⁵⁴⁷ ATF 96 I 369, consid. 4.

⁵⁴⁸ ATAF 2015/9, consid. 6.2 et 2015/2, consid. 4.3.4 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 422-423.

342 On constate donc que l'enjeu de cette problématique se situe dans l'*étendue du contrôle* opéré par les tribunaux, en particulier concernant la latitude de jugement, qui est traditionnellement considérée comme une question relevant de la légalité de la décision. Comme nous le verrons, l'*étendue du contrôle* est la question centrale des différentes approches du pouvoir d'examen. En effet, dans l'approche dualiste, les questions qui relèvent de la liberté d'appréciation sont exclues de l'examen d'un tribunal dont la cognition ne s'étend pas à l'opportunité⁵⁴⁹.

3. D'une approche dualiste...

a. La notion

343 Dans l'approche dualiste, l'autorité de recours peut contrôler si l'autorité administrative a correctement fait usage de sa latitude de jugement, car la concrétisation des notions juridiques indéterminées est une question d'interprétation qui, à ce titre, fait partie de l'examen de la légalité. Au contraire, l'exercice de la liberté d'appréciation ne se situe pas dans la sphère de la légalité. Dès lors, c'est une question qui ne peut être revue que par une autorité de recours qui dispose d'un pouvoir d'examen étendu à l'opportunité. Si tel n'est pas le cas, l'autorité peut seulement examiner si l'autorité inférieure a commis un excès ou un abus de son pouvoir d'appréciation, des questions qui sont rattachées au contrôle de la légalité de la décision⁵⁵⁰.

344 Dans cette approche, selon TANQUEREL, l'opportunité est réservée aux cas où il existe une liberté d'appréciation. Au contraire, en présence d'une notion juridique indéterminée, la latitude de jugement dont jouit l'autorité (sa marge de manœuvre) du fait de la retenue que s'imposent les tribunaux serait d'une autre nature. Cela conduit à faire une distinction entre une marge de manœuvre qui serait expressément reconnue par les dispositions sur le contrôle judiciaire (liberté d'appréciation) et une autre marge de manœuvre d'origine jurisprudentielle (latitude de jugement). Dès lors, si on suit cette distinction, une autorité dont le contrôle s'étend à l'opportunité peut tout de même s'imposer une retenue dans l'examen d'une question pour laquelle l'autorité administrative est au bénéfice d'une latitude de jugement⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ DUBEY/ZUFFEREY (2014), p. 159-160 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 416-418 ; TANQUEREL (2013), p. 220.

⁵⁵⁰ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 461 ; ZEN-RUFFINEN (2013), N 1355.

⁵⁵¹ TANQUEREL (2013), p. 219.

b. Les arguments plaçant pour cette approche

Pour les auteurs et les tribunaux défendant une approche dualiste, la distinction aurait du sens du fait de son *inscription dans le droit positif* qui distingue entre les motifs de recours découlant du droit, des faits et de l'opportunité⁵⁵². En effet, il existe une distinction entre les voies de droit qui permettent d'invoquer l'inopportunité d'une décision – tel l'art. 49 let. c PA – en la distinguant expressément du contrôle de l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA) et celles qui ne le prévoient pas ou plus comme l'art. 106 al. 1 LAsi⁵⁵³. 345

En outre, selon MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, l'opposition serait plus d'ordre *méthodologique*. Pour la liberté d'appréciation, la méthodologie est *négative*, à savoir qu'elle consiste, pour l'autorité de contrôle, à interdire ce qui sort du cadre posé par les principes généraux. Au contraire, pour la latitude de jugement, elle est *positive*, en cela que l'autorité de contrôle vérifie que la topique argumentative (interprétation) de l'administration est bien celle qui ressort de la norme⁵⁵⁴. 346

Cette approche est suivie par le *Tribunal administratif fédéral* dans un arrêt de principe – l'ATAF 2015/9 – qui se base sur l'approche dualiste afin d'examiner si le SEM dispose d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de statuer en opportunité à propos de la clause de souveraineté dans le cadre de la procédure Dublin⁵⁵⁵, concrétisée en droit interne à l'art. 29a de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1)⁵⁵⁶. Il justifie ce choix de la manière suivante : « Dès lors qu'une distinction est faite, dans le droit en vigueur, entre les voies de droit permettant d'invoquer l'inopportunité de la décision (cf. art. 49 PA) et celles qui ne l'autorisent pas (tel le nouvel art. 106 LAsi), le Tribunal administratif fédéral est obligé, ici, d'examiner si le SEM dispose ou non d'un pouvoir 347

⁵⁵² Pour la position du Tribunal administratif fédéral, ATAF 2015/2, consid. 4.3.4 *in fine* ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 424 et 426 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1058 ; plus nuancés, KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2015), N 1536 et MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 738.

⁵⁵³ ATAF 2015/9, consid. 6.2 ; TANQUEREL (2018), N 511.

⁵⁵⁴ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 738.

⁵⁵⁵ Cf. art. 17 par. 1 Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte ; ci-après : Règlement Dublin III).

⁵⁵⁶ Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999, RS 142.311.

d'appréciation, lui permettant de statuer en opportunité. Il se basera sur la théorie classique distinguant liberté d'appréciation et latitude de jugement »⁵⁵⁷.

- 348 Dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral arrive à la conclusion que l'art. 29a al. 3 OA 1⁵⁵⁸ contient une notion juridique indéterminée (« raisons humanitaires ») mais confère également à l'autorité compétente une liberté d'appréciation par l'usage dans la disposition du verbe « peut ». Dès lors, cette disposition accorde, à l'autorité, une marge que le législateur n'a pas voulu définir⁵⁵⁹. Le Tribunal administratif fédéral ne disposant plus d'un pouvoir d'examen étendu à l'opportunité dans ce domaine, il ne peut que revoir si le SEM a correctement exercé son pouvoir d'appréciation et, une fois assuré du correct exercice du pouvoir d'appréciation, il ne peut plus substituer son appréciation à celle du SEM.
- 349 Cet arrêt est intéressant car il nous montre la position du Tribunal administratif fédéral à l'égard de cette problématique (qui se fonde sur l'argument de l'ancre de la différence dans le droit positif), mais met aussi en avant le fait qu'il est possible de coupler, au sein d'une même disposition, une notion juridique indéterminée relevant de la latitude de jugement, et donc de l'interprétation de la loi, avec une formulation potestative relevant de la liberté d'appréciation et donc du contrôle de l'opportunité.

4. ...à une approche unitaire

a. La notion

- 350 L'approche unitaire, contrairement à l'approche dualiste (N 343), ne fonde pas l'étendue du contrôle sur la distinction entre latitude de jugement et liberté d'appréciation. Au contraire, si, selon le sens et le but de la loi, il y a un pouvoir d'appréciation alors, *quelque que soit la formulation employée* par le législateur (latitude de jugement ou liberté d'appréciation), l'autorité administrative a la possibilité de choisir entre plusieurs solutions légales et donc de trancher « en opportunité »⁵⁶⁰. Dès lors, un contrôle aura lieu dans le cadre de l'examen de la légalité (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation), mais

⁵⁵⁷ ATAF 2015/9, consid. 6.2 *in fine*.

⁵⁵⁸ « *Le SEM peut, pour des raisons humanitaires, également traiter la demande lorsqu'il ressort de l'examen qu'un autre État est compétent.* » (art. 29a al. 3 OA 1).

⁵⁵⁹ ATAF 2015/9, consid. 7.

⁵⁶⁰ TANQUEREL (2013), p. 220.

une fois cette légalité établie, un contrôle subséquent ne pourra être opéré que si l'autorité de recours est habilitée à revoir la décision en opportunité⁵⁶¹.

b. Les arguments plaçant pour cette approche

Un des arguments principaux de la doctrine plaçant pour une approche unitaire du pouvoir d'appréciation est que la distinction n'est pas imposée par le droit positif⁵⁶². En effet, elle plaide pour une approche qui veut que si le *but* du législateur était d'accorder une marge de manœuvre à l'autorité de première instance, lors de son contrôle, le juge doit la respecter. C'est d'ailleurs ainsi que les tribunaux procèdent en pratique⁵⁶³. Dès lors, dans cette approche, quelle que soit la source de la marge de manœuvre, c'est la *fonction* des autorités qui est importante⁵⁶⁴. 351

Ici, l'accent est mis sur le fait qu'une marge de manœuvre dans le cadre d'une latitude de jugement n'est pas qu'une question d'interprétation et d'application de la loi, mais également une *question d'appréciation* (« *Ermessen* »)⁵⁶⁵. 352

Selon TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, il existe des raisons *théorique, pratique* et *procédurale* plaçant pour l'approche unitaire. Premièrement, une raison théorique puisque les normes ouvertes poursuivent le même but, à savoir celui de délimiter les compétences entre l'administration et le pouvoir judiciaire. Deuxièmement, une raison pratique, car la délimitation des différentes catégories est difficile. Troisièmement, une raison procédurale, du fait d'un rapprochement de l'étendue du contrôle opérée sur la liberté d'appréciation, d'une part, et les notions juridiques indéterminées, d'autre part. Cependant, si ces auteurs reconnaissent que l'approche unitaire représente plusieurs avantages, ils considèrent que la délimitation reste inscrite dans le droit positif et qu'elle est nécessaire pour faire certaines distinctions (erreurs d'appréciation, latitude de jugement et pesée des intérêts)⁵⁶⁶. 353

Or, à l'inverse, certains auteurs considèrent que la distinction entre latitude de jugement et liberté d'appréciation ne se trouve pas de manière claire dans la loi⁵⁶⁷. TANQUEREL constate que l'art. 49 PA ne dit rien du sens à donner à la 354

⁵⁶¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 737 ; TANQUEREL (2018), N 510.

⁵⁶² GAVILLET (2018), N 266 avec références à la doctrine en note de bas de page n°482.

⁵⁶³ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2015), N 1536 ; TANQUEREL (2013), p. 220.

⁵⁶⁴ ATAF 2015/2, consid. 4.3.4 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 393 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1056 ; RHINOW (2017), p. 106.

⁵⁶⁵ RHINOW ET AL. (2021), N 1127 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 31 ; Dans ce sens également, RHINOW (2017), p. 106.

⁵⁶⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 32-33.

⁵⁶⁷ SCHINDLER (2010), N 311 ; TANQUEREL (2018), N 511.

notion de pouvoir d'appréciation, ni que cette dernière se limiterait à comprendre la liberté d'appréciation au sens strict. Au contraire, lorsque l'autorité est au bénéfice d'une latitude de jugement, elle doit également respecter un cadre donné par l'interprétation de la loi et les principes généraux du droit. En d'autres mots, elle ne doit pas abuser de son pouvoir d'appréciation⁵⁶⁸. Il en va de même pour la notion d'opportunité et c'est donc la doctrine dualiste qui leur a donné ce sens restrictif. Selon lui, l'approche unitaire apparaît préférable pour la compréhension du rôle de l'administration et du juge – et de l'étendue du contrôle de ce dernier – car elle se centre sur le fonctionnement réel de la mise en œuvre du droit administratif et du contrôle de celle-ci, alors que l'approche dualiste amène à des distinctions sans portée pratique⁵⁶⁹.

5. Au-delà de la différenciation : une approche selon le but du pouvoir d'appréciation (« *Ermessenszweck* »)

- 355 Afin de dresser un aperçu autant complet que possible, il est nécessaire de mentionner la classification élaborée par SCHINDLER dans son ouvrage de référence consacré au pouvoir d'appréciation de l'administration suisse⁵⁷⁰. Ce dernier propose une nouvelle orientation de la thématique à travers l'élaboration d'une typologie⁵⁷¹.
- 356 Cette idée d'une classification selon le but n'est pas totalement nouvelle et se retrouve déjà chez certains auteurs de doctrine dans le courant du XX^{ème} siècle. Premièrement, chez FLEINER qui avait séparé la liberté d'appréciation en trois catégories : l'« *Einzelfallermessen* », le « *Sachverständigenermessen* » et l'« *Anpassungsermessen* »⁵⁷². Puis, IMBODEN a également divisé la liberté d'appréciation en cinq catégories devant permettre de mieux prendre en considération les circonstances du cas d'espèce. L'approche d'IMBODEN reprend celle de FLEINER en la développant en adéquation avec la pratique suisse⁵⁷³. Ces deux approches sont également reprises par RHINOW dans son article « *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht* »⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ TANQUEREL (2013), p. 221.

⁵⁶⁹ TANQUEREL (2018), N 511.

⁵⁷⁰ SCHINDLER BENJAMIN, *Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/St-Gall 2010.

⁵⁷¹ SCHINDLER (2010), N 426ss et pour un résumé en français, N 540-541.

⁵⁷² FLEINER (1928), p. 142ss.

⁵⁷³ RHINOW (2017), p. 114.

⁵⁷⁴ RHINOW (2017), p. 113-115.

Cette typologie n'est pas censée entrer en concurrence avec les termes existants – elle ne les remet pas en cause – mais doit plutôt, selon l'auteur, être perçue comme un *complément à ce qui existe déjà*. Elle permet également de placer la distinction, par ailleurs contestée, opérée entre droit et liberté d'appréciation au second plan, voire de la rendre superflue. Ces cinq types doivent permettre de comprendre l'action administrative, de la rendre plus transparente ainsi que de la systématiser et sont, à ce titre, élaborés de manière « *empirisch-induktiv* » et non abstraite. Ils constituent également un point de départ à la réflexion en mettant en évidence les contradictions de l'ordre juridique actuel *de lege lata* et en y proposant des correctifs *de lege ferenda*⁵⁷⁵.

La classification proposée par SCHINDLER se base sur le *but poursuivi* par le législateur lors de l'octroi d'un pouvoir d'appréciation (« *der Ermessenszweck* »). En effet, cette manière de présenter la matière met en avant que la marge plus ou moins grande laissée à l'autorité d'application n'est pas un manquement du législateur mais, au contraire, poursuit une fonction, une finalité. À cet égard, SCHINDLER décrit ainsi le pouvoir d'appréciation comme « *eine besondere Zuständigkeit zur Rechtskonkretisierung im Rahmen einer vorgegebenen Zweckbestimmung* »⁵⁷⁶. Dans la mesure du possible, le but doit être déterminé selon la volonté du législateur. Cependant, il existe certains cas limites où il faut accepter que le but ne puisse pas toujours être déterminé clairement⁵⁷⁷.

Les cinq types de liberté d'appréciation⁵⁷⁸ élaborés par Schindler en fonction de leur but sont les suivants :

- la liberté d'appréciation au cas par cas (« *Einzelfallermessen* »)⁵⁷⁹ : son but est une adaptation de la mise en œuvre du programme normatif pour pouvoir rendre la décision la plus appropriée au cas d'espèce. Elle s'exprime souvent à travers des clauses de type dérogatoires ou cas de rigueur.
- la liberté d'appréciation adaptative (« *Anpassungsermessen* »)⁵⁸⁰ : son but est de permettre d'appliquer le programme normatif de manière flexible

⁵⁷⁵ SCHINDLER (2010), N 419 et 423.

⁵⁷⁶ SCHINDLER (2010), N 420.

⁵⁷⁷ SCHINDLER (2010), N 421.

⁵⁷⁸ L'expression de liberté d'appréciation est utilisée ici parce que c'est celle que l'auteur a choisi dans le résumé français de ses thèses (SCHINDLER (2010), N 537ss). Cependant, dans notre définition, il correspond au pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative et non pas à la liberté d'appréciation au sens strict.

⁵⁷⁹ SCHINDLER (2010), N 426-437.

⁵⁸⁰ SCHINDLER (2010), N 438-450.

et de l'adapter à l'évolution des circonstances. Elle peut s'exprimer à travers des notions juridiques indéterminées ou des délégations législatives.

- la liberté d'appréciation d'expertise technique (« *Sachverständigenermessen* »)⁵⁸¹ : son but est d'utiliser les connaissances (extra-juridiques) de spécialistes pour favoriser la mise en œuvre du programme normatif. Ces connaissances peuvent être de nature technique, scientifique, économique, culturelle ou artistique⁵⁸².
- la liberté d'appréciation politique (« *Politisches Ermessen* »)⁵⁸³ : son but est de poursuivre et compléter la mise en œuvre du programme normatif. Il donne à l'administration une grande marge de manœuvre qui doit être contrebalancée par une légitimité démocratique de ses actions. On la retrouve notamment dans les domaines de la planification ou de la politique extérieure⁵⁸⁴.
- la liberté d'appréciation entrepreneuriale (« *Managementermessen* »)⁵⁸⁵ : son but est une mise en œuvre efficace, économique du programme normatif. On la retrouve dans les domaines où l'administration fournit des prestations ou alors en son sein même (gestion de son personnel, ses ressources matérielles et financières)⁵⁸⁶.

360 Cette typologie a trouvé une certaine résonance en Suisse, puisqu'elle a été reprise (ou du moins mentionnée) par une grande partie de la doctrine⁵⁸⁷, mais il n'y est fait – concernant la partie sur la typologie – que peu mention dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux⁵⁸⁸.

⁵⁸¹ SCHINDLER (2010), N 451-475.

⁵⁸² SCHINDLER (2010), N 452.

⁵⁸³ SCHINDLER (2010), N 476-504.

⁵⁸⁴ SCHINDLER (2010), N 482.

⁵⁸⁵ SCHINDLER (2010), N 505-536.

⁵⁸⁶ SCHINDLER (2010), N 513.

⁵⁸⁷ GAVILLET (2018), N 272 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 444ss ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1056 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 739 ; TANQUEREL (2018), N 525 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 31.

⁵⁸⁸ On trouve huit résultats exacts sur le moteur de recherche du Tribunal fédéral avec les mots clés « Schindler » AND « Verwaltungsermessen » et 24 résultats dans la base de données du Tribunal administratif fédéral (au 16 octobre 2021).

6. Une mise en perspective critique

a. Le bilan des différentes approches de la marge de manœuvre

Dès l'apparition de cette thématique, chacun a essayé de délimiter les questions qui relèvent du droit de celles qui relèvent de l'appréciation (« *Ermessen* »)⁵⁸⁹. Cependant, au vu de la diversité de cas que doit régler le droit administratif, cette tâche est complexe (N 66). 361

La pratique du Tribunal fédéral a également fluctué au cours du XX^{ème} siècle. S'il a, pendant un temps, appliqué la théorie « *der einzig richtige Lösung* » concernant la latitude de jugement, par opposition à la liberté d'appréciation qui permet le choix entre plusieurs solutions également justes, cette dernière a été abandonnée avec la reconnaissance de la composante créatrice de l'interprétation (N 341). La théorie maintenant défendue par les tribunaux fédéraux, à tout le moins par le Tribunal administratif fédéral⁵⁹⁰, est l'approche dualiste qui différencie la latitude de jugement de la liberté d'appréciation en fonction de l'étendue du contrôle qui est exercé (N 347). 362

Comme exposé, les *différentes approches et controverses* persistent encore actuellement. Il y a d'abord l'approche dualiste distinguant entre latitude de jugement et liberté d'appréciation, dont le fondement se trouverait dans la loi (N 343ss). Il y a ensuite l'approche unitaire du pouvoir d'appréciation. Dans cette dernière et, quelle que soit la source du pouvoir d'appréciation, l'autorité de recours revoit avec retenue le choix opéré par l'autorité précédente si celle-ci est au bénéfice d'une marge de manœuvre (N 350ss). Enfin, une troisième approche établissant des catégories fondées sur le but du pouvoir d'appréciation a été développée (N 355ss). Cependant, quelle que soit l'approche retenue, la question de savoir si l'autorité est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation doit être résolue par l'interprétation de la disposition concernée. 363

A notre sens, plusieurs arguments et constats pratiques *plaident pour l'approche unitaire du pouvoir d'appréciation*. Il s'agit en particulier de l'absence d'ancrage légal de la distinction (point b.) ; de la composante micropolitique de la marge de manœuvre et ce quelle que soit sa source (point c.) ; des difficultés, en pratique, de cette distinction (point d.) et, enfin, de la terminologie fluctuante relative à cette thématique (point e.). 364

⁵⁸⁹ Cf. 1^{ère} partie, Chap. 1, point III.

⁵⁹⁰ Le Tribunal administratif fédéral aborde expressément cette question dans l'ATAF 2015/9. Concernant le Tribunal fédéral, nous n'avons pas trouvé de jurisprudence qui traite expressément de cet aspect.

b. L'ancrage légal de la distinction

365 Si l'argument principal concernant la distinction entre l'approche dualiste et unitaire est le fondement légal justifiant la première, les développements y afférents sont peu fournis. Par exemple, le Tribunal administratif fédéral se contente de dire que le droit en vigueur distingue entre les voies de droit permettant d'invoquer l'inopportunité de la décision de celles qui ne l'autorisent pas, ce qui est suffisant pour justifier l'approche classique dualiste (N 347). L'argument invoqué par la doctrine plaidant pour l'approche dualiste est similaire, en cela qu'elle allègue que la distinction est basée sur le fait que l'art. 49 PA mentionne, d'une part, la violation du droit y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et, d'autre part, l'inopportunité de la décision.

366 Or, comme le relève TANQUEREL, l'art. 49 PA ne dit rien du sens à donner aux termes de pouvoir d'appréciation et d'opportunité et c'est la doctrine dualiste qui en a fait une interprétation restrictive. Au contraire, l'autorité au bénéfice d'une latitude de jugement doit également respecter le cadre légal pour éviter de commettre un abus du pouvoir d'appréciation. Cela plaide pour une conception large du pouvoir d'appréciation incluant tant la liberté d'appréciation que la latitude de jugement (N 354).

367 Le message du Conseil fédéral concernant l'introduction d'une loi sur la procédure administrative ne nous éclaire pas non plus quant au contenu des termes employés à l'art. 49 PA (alors art. 44 du projet). Il renvoie, pour le surplus, aux dispositions de l'OJ élaborées en parallèle et en particulier à l'art. 103 du projet (devenu art. 104 OJ, puis art. 95 LTF)⁵⁹¹. Cependant, l'art. 103 OJ avait fait l'objet de nombreuses discussions parlementaires concernant le grief relatif à l'inopportunité et il était déjà reconnu qu'une partie du problème résultait dans le fait qu'il n'était pas possible de diviser clairement les actes administratifs entre, d'une part, ceux qui relèvent du droit et, d'autre part, ceux qui relèvent de l'appréciation de l'administration (N 96).

c. La composante micropolitique de la marge de manœuvre

368 Les autorités de contrôle judiciaires sont enclines à adopter une certaine *retenue* dans leur examen quelle que soit la source de la marge de manœuvre (latitude de jugement ou liberté d'appréciation). Cette constatation est d'ailleurs reconnue par les auteurs défendant l'approche dualiste⁵⁹². En effet, les autorités de recours observent cette retenue tant lorsque l'autorité inférieure dispose

⁵⁹¹ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative, FF 1965 II 1383, 1406-1407.

⁵⁹² DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 424 ; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2015), N 1536.

d'une liberté d'appréciation et donc de la possibilité de décider en opportunité que dans le cadre de l'examen de l'application d'une notion juridique indéterminée lorsque l'autorité inférieure dispose, par exemple, de meilleures connaissances techniques, scientifiques ou économiques⁵⁹³.

En adoptant l'approche unitaire du pouvoir d'appréciation, il est conceptuellement plus aisé de comprendre que l'autorité *s'impose une certaine retenue* dès que le constituant ou le législateur ont voulu *conférer une liberté micro-politique* à l'autorité administrative (N 144 et 325). Dans ces cas-ci, le juge se doit de la respecter et, ce, quelle que soit la formulation utilisée pour conférer ce pouvoir d'appréciation⁵⁹⁴. Dans cette vision, la notion d'opportunité conserve une portée explicative du pouvoir d'appréciation. En effet, en tant que seule corollaire de la liberté d'appréciation, elle exclut un pan entier de la marge de manœuvre de l'autorité. Par contre, conçue comme le miroir du pouvoir d'appréciation au sens large (incluant liberté d'appréciation et latitude de jugement, cf. N 354), elle reflète la marge de manœuvre dévolue à l'autorité dans laquelle le juge s'impose une certaine retenue⁵⁹⁵. 369

Nous reviendrons de manière plus détaillée sur les différents cas de figure où l'autorité s'impose une certaine retenue ainsi que sur la justification de cette retenue dans le chapitre 4 consacré à l'étendue de l'exercice du pouvoir d'examen. 370

d. La mise en pratique

L'approche unitaire se justifie également par la difficulté, en pratique, d'établir la source fondamentale des différents types de marge de manœuvre⁵⁹⁶ que cette dernière découle de l'état de fait (« *Tatbestandsermessen* »), de la détermination de ses effets (« *Rechtsfolgeermessen* »)⁵⁹⁷ ou encore lorsqu'on est en présence de normes qui contiennent ces deux types de marge de manœuvre (cf. N 347)⁵⁹⁸. Dès lors, il est difficile de qualifier la marge de manœuvre à l'aune de cette distinction fondée sur la structure de la norme. Sur cette base et par extension, il s'avère donc compliqué de décrire précisément les cas dans lesquels l'autorité de recours doit s'imposer et justifie une retenue. Cela peut 371

⁵⁹³ ATAF 2012/18, consid. 5.3 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 419-420 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1051.

⁵⁹⁴ BERTOSSA (1984), p. 99 ; TANQUEREL (2013), p. 222.

⁵⁹⁵ TANQUEREL (2013), p. 223.

⁵⁹⁶ TANQUEREL (2013), p. 219.

⁵⁹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 424-425 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 737-739 ; SCHINDLER (2010), N 538 ; TANQUEREL (2018), N 511.

⁵⁹⁸ Cf. ATAF 2015/9 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 27.

s'avérer problématique du point de vue de la sécurité et de la prévisibilité du droit.

- 372 Cette remarque sur la difficulté de la mise en pratique vaut également pour l'approche en fonction du but développée par SCHINDLER. En effet, même si elle est utile pour déterminer l'existence, voire l'étendue d'une marge de manœuvre, en pratique, les différents buts poursuivis s'imbriquent souvent. En outre, il serait réducteur de confiner la composante micropolitique du pouvoir d'appréciation à la seule catégorie de liberté d'appréciation politique⁵⁹⁹. Voici un exemple.
- 373 Afin d'être admise en vue de l'exercice d'une activité indépendante, une personne étrangère, ressortissante d'un Etat tiers doit remplir plusieurs conditions, dont celle que son admission serve les intérêts économiques du pays (art. 19 let. a LEI), ce qui est une notion juridique indéterminée⁶⁰⁰. Dès lors, dans son examen, le Tribunal administratif fédéral doit se déterminer sur l'existence de tels intérêts, notamment, sur la base du développement économique et de la situation sur le marché du travail. Cela signifie que l'autorité dispose, à cet égard, d'un mélange de liberté d'appréciation *individuelle* puisqu'elle doit examiner le cas par rapport à l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, *d'expertise technique* pour évaluer le marché du travail et *politique* puisque la régulation exercée à travers cette notion est un moyen de mise en œuvre d'une politique migratoire restrictive. En l'espèce, le Tribunal administratif fédéral arrive à la conclusion que l'autorité est au bénéfice d'une latitude de jugement importante⁶⁰¹.

e. La terminologie fluctuante

- 374 Enfin, un dernier aspect à prendre en considération et qui ne plaide pas pour une distinction claire entre la liberté d'appréciation et la latitude de jugement est celui de l'usage des termes employés pour qualifier l'une ou l'autre. En effet, la terminologie employée manque de précision ou est fluctuante, même dans la jurisprudence des cours fédérales (N 117)⁶⁰².
- 375 Afin d'illustrer ces propos, nous pouvons reprendre l'exemple de l'ATAF 2015/9 où le Tribunal administratif fédéral utilise le terme de pouvoir d'appréciation une fois comme synonyme à la liberté d'appréciation et une fois pour dire que le SEM dispose d'un réel pouvoir d'appréciation (« *Ermessen* »)

⁵⁹⁹ Dans ce sens, TANQUEREL (2018), N 526.

⁶⁰⁰ Arrêt du TAF F-3384/2017 du 20 décembre 2018, consid. 6.1.

⁶⁰¹ Arrêt du TAF F-6434/2017 du 3 juin 2019, consid. 7.1-7.2.

⁶⁰² TANQUEREL (2018), N 509.

s'agissant de déterminer s'il existe des raisons humanitaires, dont les termes composent une notion juridique indéterminée et à ce titre relèvent de la latitude de jugement⁶⁰³. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt en droit de la fonction publique, explique également que les notions juridiques indéterminées doivent être concrétisées par usage du pouvoir d'appréciation⁶⁰⁴.

Un autre exemple récent, tiré d'une jurisprudence relative à l'octroi d'une autorisation de séjour au titre de regroupement familial, illustre bien cette thématique. En effet, le Tribunal fédéral analyse la notion juridique indéterminée de « logement considéré comme convenable pour les travailleurs nationaux salariés dans la région » tiré de l'art. 3 al. 1 Ann. I ALCP et précise que « [d]ans l'application de la notion légale indéterminée de logement convenable, qui prend en compte des circonstances locales, elles [les autorités cantonales] disposent d'une certaine liberté d'appréciation »⁶⁰⁵. Le terme de liberté d'appréciation est donc utilisé pour qualifier la marge de manœuvre de l'autorité en présence d'une notion juridique indéterminée, alors que cette dernière relève de la latitude de jugement. 376

Tel est également le cas dans un arrêt relatif à une délégation législative dans le domaine de l'AVS où le Tribunal fédéral utilise le terme de « latitude d'appréciation » pour qualifier la marge dont dispose l'autorité⁶⁰⁶, faisant ainsi un mélange entre les expressions de liberté d'appréciation et latitude de jugement. Il en va de même dans le cadre d'une procédure d'adjudication où, dans un considérant, le Tribunal fédéral emploie les termes de « liberté d'appréciation », « liberté de décision » et ensuite d'abus ou excès, une fois, du pouvoir de décision et, une autre, du pouvoir d'appréciation alors qu'il semble référer à la même marge de manœuvre⁶⁰⁷. 377

Ces quelques exemples permettent de relever que l'utilisation de ces termes techniques n'est pas claire et uniforme, même dans la pratique des tribunaux fédéraux. Cette constatation est exacerbée dans le contexte suisse qui doit faire face aux difficultés de traduction et d'équivalence entre les langues nationales. En outre, le manque d'uniformité dans l'emploi des termes nous amène à nous interroger sur la portée ainsi que la perméabilité des notions examinées (latitude de jugement, liberté d'appréciation, différentes approches du pouvoir d'appréciation). 378

⁶⁰³ ATAF 2015/9, consid. 7.5 et 7.6.

⁶⁰⁴ ATF 140 I 257, consid. 6.

⁶⁰⁵ Arrêt du TF 2C_416/2017 du 18 décembre 2017, consid. 2.2.

⁶⁰⁶ ATF 136 V 24, consid. 7.2 ; Cette même expression se retrouve également dans les ATF 137 II 353, consid. 6.4.6 et 131 II 562, consid. 3.2.

⁶⁰⁷ Arrêt du TF 2D_9/2019 du 22 juillet 2019, consid. 3.3.

III. L'établissement des faits et la marge de manœuvre

379 Nous abordons ici la notion de fait (point A.). Ensuite, nous traitons de l'instruction de l'affaire (point B.) et, enfin, de la marge de manœuvre dans l'état de fait (point C.).

A. La notion de fait

380 La prise d'une décision nécessite un raisonnement juridique *mettant en relation* une situation de fait et une règle de droit. Une fois établis, l'autorité qualifie juridiquement les faits et y applique la règle de droit correspondante. Dès lors, pour être juridiquement valable, une décision doit reposer sur un état de fait exact⁶⁰⁸.

381 Même si la notion de fait est simple à comprendre dans l'abstrait, sa définition et sa délimitation par rapport au droit ne sont pas toujours aisées⁶⁰⁹. Cependant, peuvent être considérés comme des faits toutes circonstances, événements, comportements passés ou actuels qui se sont marqués dans une réalité matérielle et qui peuvent, dès lors, *être constatés*⁶¹⁰. Un fait doit pouvoir faire l'objet d'une preuve propre à établir son existence ou, pour un fait futur, la vraisemblance de sa survenance⁶¹¹.

382 À cet égard, la *connaissance du droit est donc insuffisante*. En effet, les règles générales et abstraites, qu'elles soient d'origine législative, réglementaire ou jurisprudentielle, ne fournissent jamais directement le fait. L'administration doit procéder à son établissement et les tribunaux en prennent connaissance via les allégués des parties et l'administration des preuves⁶¹².

383 La *distinction des faits par rapport au droit* n'a pas de portée procédurale en procédure non contentieuse. En effet, l'autorité administrative doit établir les faits et y appliquer le droit. Pour ce faire, elle est au bénéfice d'une marge de manœuvre importante, qui ne trouve ses limites que dans le cadre légal⁶¹³. Par contre, cette distinction est particulièrement importante lorsque l'on examine

⁶⁰⁸ TANQUEREL (2018), N 885.

⁶⁰⁹ ZEITER (2005), p. 43.

⁶¹⁰ MOOR/POLTIER (2011), p. 793.

⁶¹¹ MOOR/POLTIER (2011), p. 795.

⁶¹² CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 105, N 25.

⁶¹³ Cf. 2^{ème} partie, chap. 1 sur le cadre fourni par les principes généraux du droit.

le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, car ce dernier est un juge du droit et ne revoit les faits que de manière limitée (art. 97 et 105 LTF)⁶¹⁴.

Cependant, s'il est important de faire la distinction, il faut garder à l'esprit que les faits et le droit sont intimement liés⁶¹⁵. En effet, lorsque l'administration ou les tribunaux déterminent les faits, ils le font en ayant à l'esprit les règles de droit applicables au cas d'espèce : ils vont rechercher les faits pertinents pour l'application du droit⁶¹⁶. Cette recherche se fait par approximation jusqu'à ce que la qualification correcte – des faits par rapport au droit – soit découverte⁶¹⁷. 384

B. L'instruction de l'affaire

1. La maxime inquisitoire

En droit administratif, la maxime inquisitoire impose, à l'autorité en charge de l'affaire, *d'établir les faits d'office*, sans être limitée par les allégués et offres de preuve des parties⁶¹⁸. Cela implique que c'est l'autorité qui conduit la procédure et qui définit les faits qu'elle considère comme pertinents⁶¹⁹. L'application de cette maxime est un présupposé nécessaire à un bon usage, par l'autorité, de son pouvoir d'appréciation⁶²⁰. Les lois de procédure cantonale⁶²¹ prévoient ce principe, qui est également présent, pour la procédure au niveau fédéral, à l'art. 12 PA. 385

L'application de cette maxime se justifie, en procédure administrative, par *l'intérêt public à l'application correcte du droit administratif*⁶²². Le caractère impératif du droit public exige que l'autorité prenne au sérieux son pouvoir d'appréciation et instruisse chaque affaire dont elle est saisie de manière conforme à sa compétence fonctionnelle, aux exigences du droit de procédure et aux circonstances concrètes de l'affaire⁶²³. Par exemple, dans une procédure 386

⁶¹⁴ Pour une analyse (casuistique) complète de cette thématique, cf. LIONEL ZEITER, La distinction du fait et du droit dans les recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral, Lausanne 2005.

⁶¹⁵ BSK BGG-DORMANN JOHANNA, Art. 105, N 31.

⁶¹⁶ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 105, N 26.

⁶¹⁷ ZEITER (2005), p. 47.

⁶¹⁸ BOVAY (2015), p. 223 et 614 ; TANQUEREL (2018), N 1559.

⁶¹⁹ MOOR/POLTIER (2011), p. 293.

⁶²⁰ BOVAY (2015), p. 221.

⁶²¹ Notamment, art. 14 LPJA-NE, 19 LPA-GE et 28 LPA-VD.

⁶²² BOVAY (2015), p. 220.

⁶²³ ATAF 2013/23, consid. 8.1 ; BOVAY (2015), p. 221.

de révocation de l'asile, le SEM ne peut se reposer sur l'appréciation du Service de renseignements de la Confédération (SRC), sans s'en distancier et la nuancer. Il doit lui-même examiner les moyens de preuve allégués, se faire sa propre appréciation et, le cas échéant, laisser la possibilité au requérant de se prononcer dessus. En ne procédant pas de la sorte, le SEM a failli à son devoir d'instruction et d'appréciation⁶²⁴.

387 Afin d'établir l'état de fait, l'autorité de première instance procède d'office et librement à l'administration des preuves des faits pertinents en fonction du droit applicable. Pour rendre sa décision, l'autorité doit établir les faits réels et ne peut se contenter d'appréciations générales. À cet effet, elle prend en considération ses connaissances spécifiques, les éléments de fait relevant de la notoriété, les moyens de preuve de l'art. 12 PA (cf. *infra* N 391) et les éléments recueillis auprès d'autres autorités⁶²⁵.

388 En outre, elle ne peut pas attendre que l'administré fournisse de lui-même les preuves adéquates, mais doit établir *elle-même* les faits pertinents dans la mesure exigée pour l'application correcte de la loi⁶²⁶. Cependant, cela n'implique pas qu'elle doive examiner tous les moyens de preuve, si elle considère l'état de fait suffisamment établi. En effet, les mesures d'instruction doivent rester proportionnées et ne pas conduire à un retard injustifié à statuer⁶²⁷.

389 Cette obligation est *relativisée par l'obligation* faite aux parties de collaborer à l'établissement des faits dans certains cas de figure⁶²⁸. L'art. 13 al. 1 PA⁶²⁹ en énumère trois : les parties introduisent elles-mêmes une procédure (let. a), elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de collaborer (let. c)⁶³⁰. Selon GRASDORF-MEYER, l'obligation de collaborer peut aussi être envisagée comme coexistant avec la maxime inquisitoire mais sans pour autant supprimer la responsabilité de l'autorité d'établir les faits⁶³¹.

⁶²⁴ ATAF 2013/23, consid. 8.2-8.5.

⁶²⁵ ATAF 2019 VII/5, consid. 6.2.

⁶²⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 293-294.

⁶²⁷ AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 12 VwVG, N 5 ; BOVAY (2015), p. 224.

⁶²⁸ BOVAY (2015), p. 225 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 990.

⁶²⁹ En droit cantonal, notamment art. 22 LPA-GE et 30 LPA-VD.

⁶³⁰ On trouve un exemple de cette dernière hypothèse à l'art. 8 LAsi qui prévoit une obligation accrue de collaborer à la constatation des faits (déclinaison de l'identité, remise des documents de voyage et pièce d'identité, exposé des motifs à l'appui de la demande, désignation des éventuels moyens de preuve et remise de ces derniers, collaboration à la saisie des données biométriques et soumission à un examen médical [art. 8 al. 1 let. a-f LAsi]).

⁶³¹ GRASDORF-MEYER (2019), N 48.

L'obligation de collaborer porte en particulier sur les *faits que les parties sont le mieux à même de connaître*, au contraire des autorités, qui ne peuvent pas en avoir connaissance ou seulement en déployant des efforts excessifs⁶³². Tel est par exemple le cas pour les faits personnels, comme les activités qui témoignent d'une intégration sociale suffisante dans la procédure de naturalisation⁶³³ ou pour les faits qui contredisent les apparences ou l'expérience générale de la vie et pour lesquels l'autorité n'aurait aucun indice sans indication de la partie⁶³⁴. 390

2. Les moyens de preuve

En procédure administrative, l'état de fait pertinent doit être fondé sur des preuves⁶³⁵. Les différents *moyens de preuves admissibles* sont décrits de façon sommaire⁶³⁶. Au niveau fédéral, l'art. 12 PA énumère les différents types de preuve : pièces, renseignements des parties, renseignements et témoignages de tiers, visite des lieux et expertises. Les art. 14-18 PA prévoient l'audition de témoins, à laquelle l'autorité ne doit recourir que si les faits ne peuvent être élucidés d'une autre manière. Cette subsidiarité de l'audition souligne que la procédure administrative est une procédure principalement écrite⁶³⁷. 391

En outre, si les parties ont le devoir de motiver leur recours et collaborer à l'établissement de l'état de fait, elles ont également *le droit de participer* à l'administration des preuves⁶³⁸. Bien que l'autorité ne soit pas liée par leurs offres de preuve, elle les admet si elles paraissent propres à élucider les faits (art. 33 al. 1 PA)⁶³⁹. Au contraire, elle peut renoncer à examiner certaines preuves, si elle a déjà formé son opinion sur la base des preuves disponibles et qu'elle peut supposer, sans arbitraire, que son appréciation (anticipée) ne serait pas modifiée par un nouvel acte d'instruction⁶⁴⁰. 392

L'autorité *apprécie librement les preuves*, selon sa conviction. Il n'y a pas de règles sur la valeur probatoire des divers moyens. Il n'y a en particulier pas de prescriptions quant au poids à donner aux différents moyens de preuve, ni de 393

⁶³² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 994 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1209 ; TANQUEREL (2018), N 1560.

⁶³³ ATF 141 I 60, consid. 5.2.

⁶³⁴ AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 13 VwVG, N 4.

⁶³⁵ RHINOW ET AL. (2021), N 1211.

⁶³⁶ BOVAY (2015), p. 231.

⁶³⁷ BOVAY (2015), p. 231 ; CANDRIAN (2013), N 197.

⁶³⁸ CANDRIAN (2013), N 195 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 298.

⁶³⁹ AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 12 VwVG, N 16.

⁶⁴⁰ ATF 141 I 60, consid. 3.3.

hiérarchie entre eux⁶⁴¹. À cet égard, l'autorité prend en considération l'attitude des parties au cours du procès, comme par exemple le défaut d'obtempérer à une convocation personnelle, le refus de répondre à une question du juge ou de produire des moyens de preuve requis (art. 40 loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF]⁶⁴², par renvoi de l'art. 19 PA)⁶⁴³.

394 Enfin, concernant la répartition du *fardeau de la preuve*, c'est la règle tirée de l'art. 8 CC qui prévaut. La personne qui entend tirer un droit d'un fait alléguer doit en prouver l'existence. Dès lors, le défaut de preuve va au détriment de la partie qui entend tirer un droit du fait non prouvé⁶⁴⁴.

3. Les liens avec la marge de manœuvre

a. Dans l'établissement des faits

395 L'instruction de l'affaire constitue une compétence primordiale accordée à l'autorité de première instance. Le *correct établissement des faits est le pré-supposé nécessaire* au bon exercice de la marge de manœuvre (N 385). En effet, pour respecter sa compétence et les garanties constitutionnelles (N 386), l'autorité doit établir les faits pertinents de manière exacte et complète. Cette compétence est relativisée, dans certaines situations, par l'obligation de collaborer des parties (N 388).

396 L'autorité doit établir l'état de fait de manière juste et complète⁶⁴⁵. À cet égard, elle doit, par tous les moyens, s'employer à assurer une *appréciation pondérée et juste* des circonstances du cas d'espèce⁶⁴⁶. En effet, lorsque la loi se réfère à des circonstances concrètes précises, elle ne peut se satisfaire d'une évaluation schématique ou basée sur des appréciations générales. L'autorité est donc tenue de se fonder sur des faits réels, qu'elle a établis de manière la plus objective possible⁶⁴⁷.

⁶⁴¹ AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 12 VwVG, N 18 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 298.

⁶⁴² Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947, RS 273.

⁶⁴³ En droit cantonal, notamment art. 20 al. 1 LPA-GE et 157 CPC par renvoi de l'art. 32 al. 1 LPA-VD.

⁶⁴⁴ AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 12 VwVG, N 17 ; GRASDORF-MEYER (2019), N 51 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 299 ; TANQUEREL (2018), N 1563.

⁶⁴⁵ RHINOW ET AL. (2021), N 1211.

⁶⁴⁶ ATAF 2013/23, consid. 8.1 ; BOVAY (2015), p. 221.

⁶⁴⁷ MOOR/POLTIER (2011), p. 293.

Les exigences précitées, quant à l'établissement des faits, reposent sur le *pré-supposé que les faits sont donnés objectivement*. Cela est vrai lorsque la loi détermine les critères de sélection. Il est alors aisé de vérifier qu'il y a une relation adéquate entre les faits retenus et les effets que leur existence produit⁶⁴⁸. Dès lors, dans ces cas de figure, l'autorité n'est pas au bénéfice d'une marge de manœuvre pour établir l'état de fait. Cependant, la réalité n'est pas toujours facilement décomposable et certains faits ne sont pas facilement déterminables. Tel est en particulier le cas lorsqu'il s'agit de rendre une décision basée sur des faits découlant de récits⁶⁴⁹, de prévisions ou de l'évolution de circonstances⁶⁵⁰. Ces cas de figure comportent souvent des notions juridiques indéterminées pour lesquelles les autorités sont au bénéfice d'une marge de manœuvre (cf. point suivant).

b. Une marge de manœuvre procédurale

Dans l'instruction du cas, l'autorité est au bénéfice de ce que nous qualifierons d'une *marge de manœuvre procédurale*, en cela que c'est une marge de manœuvre dans l'application des dispositions procédurales relatives, en particulier, à la maxime inquisitoire ou aux règles de preuve. Cette marge de manœuvre lui permet de faire certains choix dans l'instruction, d'administrer des preuves de manière anticipée, de décider quels éléments factuels doivent être approfondis ou dans le temps pris pour rendre la décision⁶⁵¹.

Cette marge de manœuvre dans la *gestion du déroulement de la procédure* peut parfois laisser le choix à l'autorité dans la procédure à poursuivre. Tel est le cas, en droit d'asile, où le SEM a une certaine marge pour rendre une décision de non-entrée en matière ou une décision sur le fond⁶⁵² ou pour attribuer la personne requérante en procédure accélérée ou étendue⁶⁵³. Le choix de la procédure a des enjeux importants, en particulier, sur les délais. En effet, d'une part, les délais de traitement sont plus courts en procédure accélérée, ce qui

⁶⁴⁸ MOOR/POLTIER (2011), p. 295-296.

⁶⁴⁹ Tel est le cas en droit d'asile où l'état de fait est établi principalement sur la base des propos de la personne requérante et qui sont difficilement vérifiables. C'est ensuite à partir du récit de la personne requérante qu'est déterminée la vraisemblance (cf. AFFOLTER (2021), p. 9 ss ; MIAZ (2017), p. 387-388).

⁶⁵⁰ MOOR/POLTIER (2011), p. 296.

⁶⁵¹ GRASDORF-MEYER (2019), N 52 ; MIAZ (2017), p. 388.

⁶⁵² MIAZ (2017), p. 386 et 388.

⁶⁵³ Ce sont normalement les procédures simples qui sont traitées en procédure accélérée (art. 26c LAsi) alors que les procédures complexes doivent être traitées en procédure étendue (art. 26d LAsi). Le délai de recours en procédure accélérée est de sept jours ouvrables alors que celui de la procédure accélérée est de 30 jours calendaires (art. 108 al. 1 et 2 LAsi).

laisse moins de temps pour établir les faits et, d'autre part, sur les délais de recours qui sont également plus courts dans les procédures accélérées et les décisions de non-entrée en matière.

- 400 Dans un arrêt de principe, le Tribunal administratif fédéral constate que les requérants d'asile n'ont *aucun droit à voir leur demande traitée selon la procédure accélérée ou étendue*⁶⁵⁴. Cependant, le fait de ne pas ordonner d'appliquer la procédure étendue au traitement d'un dossier complexe qui nécessite des mesures d'instruction supplémentaires et, par conséquent, de le soumettre au délai de recours raccourci et non ordinaire peut constituer une violation du droit à un recours effectif au sens de l'art. 29a Cst. et de l'art. 13 en relation avec l'art. 3 CEDH⁶⁵⁵.

C. La marge de manœuvre dans l'état de fait

- 401 Une partie de la doctrine mentionne un pouvoir d'appréciation dans l'état de fait (« *Tatbestandsermessen* ») lorsque l'autorité a une marge de manœuvre – due à une formulation ouverte de la norme – pour apprécier les conditions qui se rattachent à l'état de fait⁶⁵⁶. En présence d'un pouvoir d'appréciation relatif à l'état de fait, les autorités disposent d'une marge de manœuvre pour déterminer si les conditions requises pour correspondre à ce qui est prévu par la norme sont remplies⁶⁵⁷.
- 402 Selon TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, cette formulation devrait être évitée, car elle prête à confusion. En effet, la formulation ouverte dans l'état de fait de la norme est plutôt rattachée aux notions juridiques indéterminées. Dès lors, il serait plus exact de qualifier la marge de manœuvre dans l'état de fait (« *Tatbestanderemessen* ») de latitude de jugement (« *Beurteilungsspielraum* »)⁶⁵⁸.
- 403 En présence de notions juridiques indéterminées, l'autorité peut être au bénéfice d'une latitude de jugement. Cela implique une marge de manœuvre dans l'état de fait de la norme : la formulation adoptée par le législateur donne une ligne directrice dont la signification concrète ne peut être précisée que par rapport à la configuration particulière des faits (N 311). Cependant, cette marge

⁶⁵⁴ ATAF 2020 VI/5, consid. 9.2.

⁶⁵⁵ ATAF 2020 VI/5, consid. 9-10.

⁶⁵⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 403 ; KNAPP (1971), p. 410 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 10 ; WALDMANN/WIEDERKEHR (2019), p. 256.

⁶⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 403 ; RHINOW (2017), p. 86.

⁶⁵⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 10 ; cf. aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 404.

de manœuvre dans la norme ne signifie pas que l'autorité jouit d'une marge de manœuvre dans l'établissement des faits. En effet, nous avons vu qu'elle devait établir l'état de fait réel, de manière juste et complète (N 387 et 396), ce qui ne devrait pas lui laisser de marge de manœuvre, sauf dans certains cas particuliers (N 397).

Dès lors, en présence d'une latitude de jugement, la marge de manœuvre réside 404 plutôt dans *l'interprétation de la norme* ainsi que dans la qualification juridique des faits pertinents, à savoir au moment de déterminer si le cas particulier est un cas d'application de la norme générale⁶⁵⁹. Cependant, tant l'interprétation que la qualification juridique des faits est une question de droit et non d'établissement des faits⁶⁶⁰.

IV. L'application du droit et la marge de manœuvre

Nous abordons ici l'application du droit en procédure non contentieuse 405 (point A.). Puis, nous traitons de la motivation de la décision (point B.).

A. L'application du droit en procédure non contentieuse

1. Le principe

En plus de l'établissement des faits, la maxime inquisitoire implique également 406 que l'autorité administrative *applique le droit d'office*, sans être liée par les moyens de droit des parties⁶⁶¹. Elle est tenue de rechercher et d'interpréter les règles de droit pertinentes – tant matérielles que procédurales – à la résolution du cas d'espèce⁶⁶². Elle décide quelles dispositions légales doivent être appliquées et de quelle manière elles doivent l'être⁶⁶³.

Comme nous l'avons vu dans le chapitre 2 de la première partie, la mise en 407 œuvre du droit est un processus qui implique plusieurs étapes⁶⁶⁴. L'autorité procède à l'établissement des faits, puis y applique le droit pertinent. Cependant, de nombreuses normes contiennent une part d'indétermination (N 173). Dès lors, l'autorité doit passer par une phase d'interprétation et

⁶⁵⁹ TANQUEREL (2018), N 507.

⁶⁶⁰ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 105, N 35 ; KNAPP (1971), p. 411 ; TANQUEREL (2018), N 508.

⁶⁶¹ BOVAY (2015), p. 242.

⁶⁶² BOVAY (2015), p. 243-244 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 300-301.

⁶⁶³ BOVAY (2015), p. 245.

⁶⁶⁴ Cf. 1^{ère} partie, chap. 2, point IV.

d'argumentation pour être en mesure de rendre la décision. C'est lors de ces phases que l'autorité administrative pourra faire usage de son pouvoir d'appréciation.

2. La mise en œuvre du droit par l'administration

- 408 C'est dans la phase de mise en œuvre du droit que les autorités administratives *déploient leur éventuel pouvoir d'appréciation*. En effet, c'est dans cette phase qu'elles interprètent les normes qui leur accordent une latitude de jugement et appliquent celles qui leur octroient une liberté d'appréciation. Cependant, les autorités administratives rendent un nombre important de décisions et sont limitées dans le temps et les ressources à disposition⁶⁶⁵. C'est pourquoi, elles sont tenues à une action efficiente (N 142). Ces raisons ont notamment des répercussions sur leur interprétation du droit (N 188) et la densité de leur motivation (N 423).
- 409 Or, afin de garantir, notamment, le principe de l'égalité de traitement et éviter tout arbitraire, les autorités administratives doivent *appliquer le droit de manière uniforme*. Cela implique que leur marge de manœuvre soit encadrée par des normes juridiques et des pratiques administratives (N 189). Cependant, en présence d'une marge de manœuvre, ces dernières ne sont pas toujours suffisantes. En effet, elles posent seulement le cadre qui oriente, offre des possibilités et définit aussi les limites à leurs actions⁶⁶⁶.
- 410 De nombreuses recherches en sciences sociales⁶⁶⁷ mettent en lumière l'importance de la *composante humaine* pour comprendre le fonctionnement de l'administration dans le processus décisionnel⁶⁶⁸. En effet, les personnes qui composent l'administration ont une marge de manœuvre dans la mise en œuvre de la législation et la manière dont elles tiennent compte des pratiques administratives dans leur pratique quotidienne. Cela permet d'expliquer la partie de la marge de manœuvre qui ne ressort pas directement de ce qui est écrit dans la décision⁶⁶⁹. Sans trop nous étendre sur la question, nous abordons brièvement

⁶⁶⁵ ACHERMANN (2018), p. 18.

⁶⁶⁶ ACHERMANN (2018), p. 19.

⁶⁶⁷ Cette littérature est nombreuse, en particulier dans le domaine de la migration. Parmi d'autres : AFFOLTER LAURA (2021), *Asylum Matters – On the Front Line of Administrative Decision-Making* ; MIAZ JONATHAN (2017), *Politique d'asile et sophistication du droit : Pratiques administratives et défense juridique des migrants en Suisse (1981-2015)* ; PROBST JOHANNA ET AL. (2019), *Marges de manœuvre cantonales en mutation, Politique migratoire en Suisse*.

⁶⁶⁸ ACHERMANN (2018), p. 20.

⁶⁶⁹ Cf. AFFOLTER (2021), p. 10-11.

cet aspect en lien avec la mise en œuvre du droit dans les cas limites (cf. point 3 ci-après).

À cet égard, nous considérons donc que l'administration procède à *une mise en œuvre politisée* du droit lorsqu'elle est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation. En effet, la souplesse du cadre légal qui lui est fixé lui permet de tenir compte de considérations d'efficience et de micropolitique (N 143). En particulier, elles peuvent être prises en compte, d'une part, lorsque l'autorité administrative interprète des notions juridiques indéterminées qui lui octroient une latitude de jugement et, d'autre part, lorsqu'elle applique des dispositions lui octroyant une liberté d'appréciation, autrement dit lorsqu'elle se détermine en opportunité. 411

3. La mise en œuvre du droit dans les « cas limites »

Nous entendons par « cas limites », les cas dans lesquelles l'autorité est au bénéfice d'une marge de manœuvre et que cela lui permet de rendre, de manière juridiquement conforme, une décision positive ou négative. Cela sous-entend que le cadre légal n'apporte pas directement de réponse et que l'interprétation n'est pas concluante non plus. Nous avons qualifié ces cas de rationalité bifurquée (N 198 et 204). Il s'ensuit que l'autorité administrative a, au vu des éléments du dossier, une certaine *marge de manœuvre pour argumenter* sa décision dans un sens ou dans l'autre⁶⁷⁰. 412

Or, quand nous expliquons que l'autorité administrative rend une décision, c'est en réalité une, voire plusieurs personnes, qui sont amenées à se déterminer sur le cas d'espèce. Ces personnes sont des *individus concrets* qui mettent en œuvre, par leur travail quotidien, des lois et des politiques⁶⁷¹. Si ceux-ci ont une fonction au sein de l'administration, ils ont *aussi des caractéristiques sociales* (homme ou femme, plus ou moins âgé, avec un certain parcours de vie et des opinions politiques). Ces dernières vont influencer leur manière d'envisager leur travail et donc également le résultat de leurs décisions⁶⁷². 413

C'est en particulier dans les « cas limites » que cette subjectivité peut s'exprimer et faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre⁶⁷³. En effet, la personne en charge de rendre la décision a une certaine marge de manœuvre pour 414

⁶⁷⁰ MIAZ (2017), p. 383-385.

⁶⁷¹ À cet égard, il est fait référence aux « *street-level bureaucrats* », concept introduit par Michael Lipsky en 1980 dans son livre *Street-Level Bureaucracy – Dilemmas of the Individual in Public Service* (ACHERMANN (2018), p. 18).

⁶⁷² ACHERMANN (2018), p. 20 ; MIAZ (2017), p. 361 ; MIAZ parle de rapport au rôle des agents (notamment, MIAZ (2017), p. 372).

⁶⁷³ AFFOLTER (2021), p. 8 ; MIAZ (2017), p. 369.

accorder plus de poids à certains éléments plutôt qu'à d'autres. À cet égard, l'acceptation de la décision auprès de la hiérarchie dépendra de la capacité de la personne à l'argumenter et la soutenir auprès de ses supérieurs⁶⁷⁴.

- 415 Par exemple, en droit d'asile, MIAZ distingue le rapport au rôle des spécialistes asile du SEM selon deux axes. Le premier axe comporte, d'un côté, les « *Neinsager* » ou « *Hardliners* » qui ont une ligne de conduite plutôt « dure » et, de l'autre côté, les « *Softliners* » qui ont une ligne de conduite plus « humaine ». Le second axe comporte d'un côté, les « productivistes » qui sont orientés sur le nombre de décisions à rendre et de l'autre côté, les « méticuleux » qui passent un temps plus important à instruire l'état de fait⁶⁷⁵. Ces différences de conception s'expriment notamment lorsqu'il s'agit d'examiner la vraisemblance du récit (art. 7 LAsi) où l'élément principal constitue les propos de la personne requérante⁶⁷⁶. Dans ce cas-là, un « *Hardliner* » pourra être plus prompt à traquer les incohérences ou les contradictions du récit alors qu'un « *Softliner* » pourra, au contraire, dans les cas limites, utiliser sa marge de manœuvre pour trouver la solution la plus favorable à la personne requérante⁶⁷⁷.

B. La motivation de la décision

1. Le principe

- 416 Les autorités ont généralement l'obligation de motiver leur décision. Cela est particulièrement important lorsqu'il s'agit d'*expliquer l'usage qu'elles ont fait de leur marge de manœuvre*. Cette obligation est centrale dans le processus décisionnel, auquel elle donne des standards de qualité et participe à la sécurité du droit⁶⁷⁸.
- 417 L'obligation de motiver découle du *droit d'être entendu* (art. 29 al. 2 Cst.) ainsi que de l'art. 6 par. 1 CEDH qui garantit aux parties un droit à une décision motivée⁶⁷⁹. Celle-ci peut aussi être mise en lien avec *l'interdiction des discriminations* de l'art. 8 al. 2 Cst., en cela que, en l'absence de motivation, il n'est pas possible de connaître les motifs qui ont guidé la décision et donc de vérifier qu'ils ne sont pas discriminatoires. Tel est, par exemple, le cas en droit de la

⁶⁷⁴ MIAZ (2017), p. 385.

⁶⁷⁵ MIAZ (2017), p. 372 ; les agents peuvent se retrouver dans plusieurs catégories en fonction des situations (MIAZ (2017), p. 379).

⁶⁷⁶ MIAZ (2017), p. 374 et 381.

⁶⁷⁷ MIAZ (2017), p. 382 et 385.

⁶⁷⁸ MOSIMANN (2013), N 33.

⁶⁷⁹ KNEUBÜHLER LORENZ/PEDRETTI RAMONA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 35 VwVG, N 6.

nationalité où le Tribunal fédéral a décidé que l'obligation constitutionnelle de motiver n'était pas remplie si une décision de naturalisation était prise par votation populaire qui est, par nature, un acte qui ne peut être motivé. À cet égard, il n'est pas suffisant qu'une motivation soit donnée après coup par l'autorité communale. L'exigence de motivation est donc une condition *sine qua non* pour un réexamen des décisions de naturalisation sous l'angle du principe de non-discrimination qui est particulièrement susceptible d'être violé dans ce domaine. En effet, il existe un risque que l'aptitude d'un candidat à la naturalisation soit refusée en raison de son appartenance à un groupe ethnoculturel particulier, qui est perçu par la majorité comme « étranger »⁶⁸⁰.

Outre ces bases conventionnelles et constitutionnelles, l'obligation de motiver découle, au niveau fédéral, de l'art. 35 PA et, au niveau cantonal, des différentes lois de procédure cantonales⁶⁸¹. Ces dernières sont plus ou moins explicites quant aux exigences relatives à la motivation⁶⁸². 418

2. Les exigences relatives à la motivation

L'obligation de motiver est considérée comme remplie lorsque l'autorité *mentionne au moins brièvement les motifs* qui l'ont guidée et sur lesquels elle s'est fondée pour rendre sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause⁶⁸³. En effet, la personne requérante doit savoir pourquoi l'autorité a rejeté sa demande⁶⁸⁴. La motivation doit également être suffisante pour que l'autorité de recours, si elle est saisie, soit en mesure d'exercer pleinement son contrôle⁶⁸⁵. 419

La densité de la motivation (« *Begründungsdichte* ») ne peut pas être fixée de manière uniforme dans l'abstrait⁶⁸⁶. Elle doit, au contraire, être déterminée *selon les circonstances du cas particulier*. Ainsi, elle est d'autant plus stricte lorsque la décision repose sur un pouvoir de libre appréciation de l'autorité, lorsqu'elle fait appel à des notions juridiques indéterminées, lorsqu'elle porte 420

⁶⁸⁰ ATF 129 I 232, consid. 3.4.3 ; DONZALLAZ (2008), N 2767.

⁶⁸¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 1070.

⁶⁸² Par exemple : art. 4 let. d LPJA-NE, 46 al. 1 LPA-GE et 42-43 LPA-VD.

⁶⁸³ ATF 121 I 54, consid. 2c ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 1071.

⁶⁸⁴ ATF 112 Ia 107, consid. 2b.

⁶⁸⁵ Arrêts du TF 2A.496/2006 et 2A.497/2006 du 15 octobre 2007, consid. 5.1.1. non publié in ATF 133 II 429 ; ATAF 2013/56, consid. 3.1.

⁶⁸⁶ BSK BGG-EHRENZELLER BERNHARD, Art. 112 N 7.

gravement atteinte à des droits individuels, lorsque l'affaire est particulièrement complexe ou lorsqu'il s'agit d'une dérogation à une règle légale⁶⁸⁷.

- 421 Il n'est pas nécessaire que l'autorité traite de manière approfondie tous les points de vue des parties et réfute expressément chaque argument individuel⁶⁸⁸. Elle peut, au contraire, se *limiter aux points essentiels* pour la décision⁶⁸⁹ : sont considérés comme nécessaires et pertinents, les arguments qui sont de nature à influencer de manière déterminante le contenu de la décision de telle sorte que l'intéressé puisse savoir pour quels motifs elle a été prise – et, dès lors, par quels moyens il peut la contester – et que l'autorité de recours puisse statuer en connaissance de cause sur le bien-fondé de la décision attaquée⁶⁹⁰.
- 422 La motivation peut également être *implicite* et résulter des différents considérants de la décision. En présence d'informations qu'il convient légitimement de garder secrètes dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de tiers en raison du secret officiel ou de la protection des données, l'obligation de motiver peut être atténuée ; la motivation peut être présentée de manière succincte et omettre les éléments à garder secrets. Elle doit, quoi qu'il en soit, demeurer intelligible et énoncer au moins les faits essentiels sur lesquels elle se fonde⁶⁹¹.
- 423 Enfin, l'exigence de motivation varie en fonction de l'autorité qui rend la décision. En effet, il est admis que la *motivation de l'autorité de première instance* puisse être plus succincte que celle des autorités de recours supérieures⁶⁹². Il en va ainsi dans les domaines où l'administration rend un nombre important de décisions ayant un contenu identique ou similaire dans son domaine de compétence (administration de masse ou, en allemand, « *Massenverwaltung* »)⁶⁹³. Une très courte motivation est admise dans ces cas-là pour des raisons d'efficacité (cf. art. 43a al. 5 Cst.)⁶⁹⁴ et de pression temporelle qu'implique de devoir rendre beaucoup de décisions⁶⁹⁵. Tel est le cas en droit d'asile où les autorités examinent chaque année plusieurs milliers de cas dans un

⁶⁸⁷ ATF 129 I 232, consid. 3.3 et 112 Ia 107, consid. 2b ; ATAF 2013/56, consid. 3.1 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 1072 ; WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 539.

⁶⁸⁸ WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 538.

⁶⁸⁹ ATF 143 III 65, consid. 5.2 et 122 IV 8, consid. 2c ; Arrêt du TF 1C_415/2019 du 27 mars 2020, consid. 2.1.

⁶⁹⁰ ATAF 2013/56, consid. 3.1 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 350.

⁶⁹¹ ATF 141 I 201, consid. 4.5.2 ; Arrêt du TF 1C_415/2019 du 27 mars 2020, consid. 2.1.

⁶⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 1072 ; RAMELET (2020), p. 7.

⁶⁹³ DÉFAGO GAUDIN (2013), p. 181-182 ; KNEUBÜHLER LORENZ/PEDRETTI RAMONA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 35 VwVG, N 12.

⁶⁹⁴ KNEUBÜHLER LORENZ/PEDRETTI RAMONA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 35 VwVG, N 18.

⁶⁹⁵ GRASDORF-MEYER (2019), N 7.

domaine relativement bien délimité⁶⁹⁶, mais aussi en matière fiscale, de taxation douanière⁶⁹⁷, de décisions sur les prestations d'assurances sociales⁶⁹⁸ ou pour les redevances radio et télévision⁶⁹⁹. Cependant, selon GRASDORF-MEYER, cette justification ne devrait être admise qu'avec retenue. En effet, compte tenu des intérêts des personnes recourantes dans des domaines comme l'asile ou l'assurance invalidité, qui sont protégés par des droits fondamentaux, la motivation devrait être détaillée à hauteur de l'atteinte aux intérêts juridiques en jeu⁷⁰⁰.

Le *non-respect de l'obligation de motivation* a les mêmes conséquences qu'une violation du droit d'être entendu, dont elle est une composante. Cette violation entraîne donc généralement l'annulation de la décision et son renvoi à l'autorité précédente, indépendamment des chances de succès sur le fond. De manière exceptionnelle, elle peut être réparée lorsque l'instance de recours est au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen et que l'atteinte aux droits procéduraux n'est pas trop grave ou que le renvoi à l'autorité inférieure constituerait une formalité qui aboutirait à un allongement inutile de la procédure⁷⁰¹. 424

3. Les liens avec la marge de manœuvre

Comme nous l'avons développé, les autorités administratives ont l'obligation de motiver leur décision, avec des exigences plus ou moins élevées selon le type de procédure (cf. N 423). Cette obligation est utile à plusieurs égards. D'une part, elle constitue un moyen d'autocontrôle de l'autorité administrative lui permettant de rationaliser sa pratique. En outre, en devant mentionner les motifs qui l'ont guidée dans sa prise de décision, cela permet d'éviter que cette dernière soit guidée par des motifs non pertinents⁷⁰². D'autre part, c'est par ce biais que les autorités de recours peuvent vérifier que l'autorité administrative 425

⁶⁹⁶ En 2021, le SEM a traité 15'464 demandes d'asile en première instance (SEM, Asile : Statistiques de 2021, <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/sem/medien/mm.msg-id-87177.html> [consulté le 10 avril 2022]). La LAsi prévoit également, dans certains cas, une notification orale avec motivation sommaire (art. 12 al. 3 LAsi).

⁶⁹⁷ Pour laquelle la PA ne s'applique d'ailleurs pas (art. 3 let. e PA), ce qui permet au bureau de douane de fixer les droits de douane et autres redevances sans devoir établir un état de fait détaillé ni une motivation juridique approfondie (cf. Administration fédérale des douanes, Règlement 20 (la procédure administrative), mai 2019, p. 7).

⁶⁹⁸ GRASDORF-MEYER (2019), N 8.

⁶⁹⁹ KNEUBÜHLER LORENZ/PEDRETTI RAMONA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 35 VwVG, N 18 ; RAMELET (2020), p. 7.

⁷⁰⁰ GRASDORF-MEYER (2019), N 61.

⁷⁰¹ KNEUBÜHLER LORENZ/PEDRETTI RAMONA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 35 VwVG, N 21-22 ; RAMELET (2020), p. 19.

⁷⁰² ATF 129 I 232, consid. 3.3 et 112 Ia 107, consid. 2b ; MOOR/POLTIER (2011), p. 348.

a correctement fait usage de son pouvoir d'appréciation (N 416 et 420). Dès lors, l'obligation de motivation constitue *un cadre* ou *un facteur limitant* de la marge de manœuvre de l'autorité administrative⁷⁰³.

- 426 L'obligation de motivation est particulièrement importante lors de l'application de *notions juridiques indéterminées* qui peuvent conduire à un affaiblissement de la sécurité et la prévisibilité du droit⁷⁰⁴. À cet égard, l'exigence de motivation peut également être perçue comme une garantie procédurale permettant de compenser une faible densité normative (N 168-169)⁷⁰⁵.
- 427 En outre, la motivation est un élément clé lorsque le tribunal s'impose une *retenue* dans l'exercice de son pouvoir d'examen et qu'il ne revoit donc certaines questions juridiques que partiellement. En effet, lorsque le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative est important, la motivation est le seul garde-fou permettant de s'assurer qu'elle en a fait correctement usage (N 420). Dans ces cas de figure, l'autorité de contrôle devrait donc être stricte quant au respect des exigences procédurales – en particulier avec celle de motivation et une motivation implicite ou succincte (« décisions de masse » ; N 423) devrait être proscrite en présence d'une marge de manœuvre⁷⁰⁶.
- 428 Dès lors, au vu de l'importance de la motivation dans les cas où l'autorité est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation, il serait souhaitable, à notre avis, de voir transparaître dans celle-ci *le cheminement argumentatif* que l'autorité administrative a emprunté pour arriver au dispositif (N 198). En effet, en présence d'une norme à faible densité normative, le lien entre la norme générale et la norme particulière (la majeure et la mineure du syllogisme) n'est pas directement donné et la rationalité apparaît comme bifurquée. Dès lors, l'autorité chargée de rendre la décision doit argumenter, afin de résorber cette incertitude, et motiver sa décision⁷⁰⁷. Ce travail argumentatif constitue, d'une part, un gage de *transparence* du travail de l'administration (N 170) et, d'autre part, il permet une *meilleure compréhension* (voire une meilleure acceptation) de la décision par le justiciable et, le cas échéant, la possibilité de la contester de manière appropriée⁷⁰⁸.

⁷⁰³ ANGELI-BUSI/GRANDJEAN (2019), p. 368.

⁷⁰⁴ Dans ce sens, cf. MARTENET (2016), p. 114.

⁷⁰⁵ KNEUBÜHLER LORENZ/PEDRETTI RAMONA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 35 VwVG, N 14.

⁷⁰⁶ Pour un exemple d'exigence accrue de motivation en présence d'un pouvoir d'appréciation important de l'autorité inférieure, cf. ATAF 2013/56, consid. 3.3-3.4 ; ANGELI-BUSI/GRANDJEAN (2019), p. 368.

⁷⁰⁷ MOOR (2010), p. 267.

⁷⁰⁸ Dans ce sens, ATF 136 I 184, consid. 2.2.1 et 107 Ia 246, consid. 3a.

V. Une conclusion intermédiaire

Dans la première partie de ce chapitre, nous avons introduit la notion de *pouvoir d'appréciation* de l'autorité de première instance (N 299). Celui-ci est constitué de deux composantes : la latitude de jugement et la liberté d'appréciation. 429

La *latitude de jugement* donne une marge de manœuvre à l'autorité administrative pour déterminer si le cas d'espèce est un cas particulier de la norme. Elle est concrétisée à travers certaines notions juridiques indéterminées (N 306). 430

La *liberté d'appréciation* donne une marge de manœuvre à l'autorité administrative dans les conséquences juridiques à donner au cas particulier (N 321). À cet égard, on considère que l'autorité peut faire un choix en opportunité entre plusieurs solutions légales (N 324). Elle est souvent concrétisée à travers des dispositions potestatives. 431

Après avoir posé les fondements du pouvoir d'appréciation de l'autorité de première instance, nous avons traité de l'évolution de la conception dudit pouvoir. Cela nous a permis de mettre en lumière l'existence de *trois approches différentes du pouvoir d'appréciation* : l'approche dualiste, l'approche unitaire et l'approche selon le but poursuivi par la marge de manœuvre (N 363). Enfin, nous avons proposé une *mise en perspective critique de ces différentes approches*. 432

Dans la seconde partie de ce chapitre, nous avons analysé quelle était la marge de manœuvre de l'autorité administrative dans l'établissement des faits et l'application du droit. 433

Dans l'*établissement des faits*, l'autorité administrative est soumise à la maxime inquisitoire. Cela implique qu'elle doit établir les faits pertinents d'office, sans être limitée par les allégués et offres de preuve des parties (N 385). Cette opération est le présupposé nécessaire à un usage correct du pouvoir d'appréciation (N 395). Dès lors, l'autorité administrative n'est généralement pas au bénéfice d'une marge de manœuvre pour l'établissement des faits. Cependant, il peut arriver que certains faits ne soient pas facilement déterminables. Il est en ainsi lorsque l'état de fait se base sur le récit d'une personne, des prévisions ou l'évolution de circonstances (N 397). 434

En outre, nous avons également relevé l'existence d'une *marge de manœuvre procédurale* (N 398). En droit d'asile, par exemple, l'autorité est compétente pour instruire les questions de fond, prononcer une décision de non-entrée en matière ou pour attribuer la personne requérante en procédure accélérée ou étendue (N 399). 435

- 436 C'est lors de la *mise en œuvre du droit* que la marge de manœuvre de l'autorité administrative est la plus importante. Dans cette phase, celle-ci fait usage de son pouvoir d'appréciation, qu'il lui soit accordé sous forme de latitude de jugement ou de liberté d'appréciation (N 408). Cependant, quelle que soit sa marge de manœuvre, l'autorité administrative doit garantir l'égalité de traitement en procédant à une application uniforme du droit. À cet effet, elle doit mettre en œuvre le droit en prenant en compte le cadre légal et les pratiques administratives (N 409).
- 437 Enfin, nous avons établi que l'administration fait preuve d'une mise en œuvre politisée dans son application du droit (N 411). Cela est particulièrement flagrant en présence de « *cas limites* » pour lesquels sa marge de manœuvre est importante. Nous avons également constaté que, dans ces cas, les personnes rendant la décision peuvent en influencer le résultat (N 412-415).
- 438 Au vu de ce qui précède, dans notre **thèse n° 4**, nous retenons l'approche unitaire du pouvoir d'appréciation pour les raisons suivantes. La première est que le fondement légal de cette distinction résulte d'une interprétation restrictive des différents termes (N 365). Deuxièmement, nous avons également noté que, quelle que soit la méthode employée par le législateur, la marge de manœuvre est accordée pour que l'autorité puisse prendre en compte dans sa décision des aspects relevant de ce que nous avons défini d'aspects de micropolitique (N 368). Troisièmement, nous avons établi que les instances de recours s'imposent une retenue tant pour revoir les questions relevant de la latitude de jugement que de la liberté d'appréciation de l'autorité administrative (N 371). Finalement, le manque de clarté terminologique, notamment dans la pratique des cours fédérales, atténue la portée de la distinction entre la latitude de jugement et la liberté d'appréciation (N 374).

Chapitre 3 : La marge de manœuvre des autorités de contrôle

Dans ce chapitre, nous commençons d'abord par quelques généralités sur le pouvoir d'examen des autorités de recours (point I.). Ensuite, nous examinons le pouvoir d'examen des autorités précédant le Tribunal fédéral, à savoir les autorités cantonales de dernière instance et le Tribunal administratif fédéral (point II.). Puis, nous traitons du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, en particulier de ses spécificités en tant qu'autorité de recours de dernière instance au niveau national (point III.). Enfin, nous abordons le pouvoir d'examen des instances internationales (point IV.).

I. Quelques généralités sur la notion de pouvoir d'examen des autorités de contrôle

Afin de comprendre la thématique du pouvoir d'examen et de la distinguer de celle du pouvoir d'appréciation, il convient d'apporter une précision relative à l'état d'avancement de la procédure. En effet, contrairement au chapitre précédent, nous nous situons ici en procédure contentieuse. Cela implique que l'autorité de contrôle, même si elle examine le cas pour la première fois en tant qu'autorité de recours, n'est pas la première autorité à s'en saisir. Ainsi, elle va *contrôler* la manière dont l'autorité précédente a traité le cas litigieux.

Cette précision est importante car le contrôle des actes individuels et concrets représente, du point de vue des administrés, une *composante essentielle de l'Etat de droit*⁷⁰⁹. En effet, par la décision, l'administration a le pouvoir de fixer unilatéralement une situation, ce qui lui permet d'intervenir directement dans la sphère juridique des individus⁷¹⁰. Dès lors, pour garantir l'Etat de droit, des règles de compétence et de procédure qui organisent le contentieux administratif sont nécessaires⁷¹¹.

⁷⁰⁹ MOOR/POLTIER (2011), p. 599.

⁷¹⁰ MOOR/POLTIER (2011), p. 707.

⁷¹¹ MOOR/POLTIER (2011), p. 599.

- 442 Cette remarque introductive permet également de comprendre que les attributions des autorités diffèrent en fonction du stade de la procédure : décision proprement dite ou vérification de cette dernière⁷¹². Cela influence l'agencement des instances et l'étendue du contrôle⁷¹³. Ainsi, au stade de la procédure de recours, on ne parle plus de pouvoir d'appréciation mais de *pouvoir d'examen* ou de *cognition*⁷¹⁴ dont jouit l'autorité de contrôle.
- 443 Le *pouvoir d'examen* définit la manière dont l'autorité de recours connaît des cas qui lui sont soumis et quels sont les motifs (de recours) que la personne requérante peut faire valoir à l'encontre des décisions qui peuvent être entreprises devant elle⁷¹⁵. Le pouvoir d'examen et les motifs de recours constituent les deux faces d'une même pièce, le premier étant abordé du point de vue de l'autorité et le second du point de vue de l'administré⁷¹⁶.
- 444 Les *motifs de recours* sont les raisons qui permettent à l'autorité de modifier ou d'annuler la décision attaquée ; ils déterminent donc l'étendue de son contrôle⁷¹⁷. Ils sont aussi les seuls motifs que la personne recourante peut invoquer⁷¹⁸. À cet égard, si les lois de procédure contiennent toutes une ou plusieurs dispositions traitant des motifs de recours, l'expression pouvoir d'examen n'y apparaît généralement pas directement.
- 445 Dès lors, l'étendue du pouvoir d'examen est définie par l'*objet du litige*, qui est lui-même circonscrit par les points du dispositif expressément attaqués par le recourant. La décision attaquée constitue ainsi le « cadre » matériel admissible de l'objet du recours⁷¹⁹.
- 446 Enfin, le pouvoir d'examen *varie en fonction de l'instance concernée* et du rôle qui lui est dévolu. En effet, il ne sera pas semblable lors d'un éventuel recours hiérarchique ou auprès d'un Tribunal cantonal, du Tribunal administratif fédéral ou encore auprès du Tribunal fédéral, voire d'une instance internationale comme la CourEDH. Il faut, de plus, tenir compte du fait que les instances de recours varient d'un canton à l'autre car l'organisation judiciaire relève de la compétence des cantons (cf. art. 191b al. 1 Cst.). Cependant, sur l'ensemble de ces moyens et indépendamment de leurs agencements

⁷¹² MOOR/POLTIER (2011), p. 784.

⁷¹³ MOOR/POLTIER (2011), p. 785.

⁷¹⁴ Dans la suite de ce travail, le pouvoir d'examen et la cognition sont employés comme synonymes.

⁷¹⁵ KNAPP (1971), p. 401.

⁷¹⁶ RHINOW ET AL. (2021), N 1109.

⁷¹⁷ MEYER/BÜHLER (2008), p. 491.

⁷¹⁸ MOOR/POLTIER (2011), p. 782.

⁷¹⁹ ATAF 2009/54, consid. 1.3.3 et 2014/24, consid. 1.4.

respectifs, chaque acte doit pouvoir être revu sous tous ses aspects par l'instance adéquate⁷²⁰.

II. La marge de manœuvre des autorités précédant le Tribunal fédéral

Nous abordons ici la recevabilité d'une décision (point A), puis, le contrôle des faits (point B.) et le contrôle de l'application du droit (point C.). Enfin, nous traitons du contrôle de l'opportunité (point D.). 447

A. La recevabilité

1. Quelques généralités

La recevabilité est le *premier aspect* sur lequel le tribunal va se prononcer une fois saisi d'un recours. Elle regroupe l'ensemble de conditions qui doivent être remplies pour que le tribunal rende une décision sur le fond de l'affaire⁷²¹. Dès lors, il est important que ces conditions soient remplies, sans quoi le tribunal n'entre pas en matière sur les griefs se rapportant au fond du litige et rend une décision d'irrecevabilité⁷²². 448

En droit public, les règles de compétence sont *impératives*⁷²³. L'examen de sa compétence par l'autorité se fait donc d'office et elle contrôle librement les conditions de recevabilité du recours⁷²⁴. Ainsi, la compétence ne peut généralement pas être créée par accord entre l'autorité et la partie, ce qui exclut toute prorogation de for ou de juridiction⁷²⁵. 449

Si l'autorité de recours se considère comme *incompétente*, elle transmet sans délai l'affaire à l'autorité compétente⁷²⁶. En cas de doute sur sa compétence, elle procède à un échange de vues avec l'autorité qu'elle considère comme 450

⁷²⁰ MOOR/POLTIER (2011), p. 786.

⁷²¹ MEYER/BÜHLER (2008), p. 491 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 624.

⁷²² MEYER/BÜHLER (2008), p. 491 ; TANQUEREL (2018), N 1344.

⁷²³ BOVAY (2015), p. 112.

⁷²⁴ Cf. art. 7 al. 1 PA, 8 al. 1 LPJA-NE, 11 al. 1 LPA-GE et 6 al. 1 LPA-VD ; parmi d'autres, ATF 138 I 435, consid. 1.

⁷²⁵ Cf. art. 7 al. 2 PA, 8 al. 2 LPJA-NE, 11 al. 2 LPA-GE et 6 al. 2 LPA-VD ; BOVAY (2015), p. 112-113.

⁷²⁶ Cf. art. 8 al. 1 PA, 9 al. 1 LPJA-NE, 11 al. 3 LPA-GE et 7 al. 1 LPA-VD

compétente⁷²⁷. Comme nous le verrons, le Tribunal fédéral n'a pas les mêmes obligations (cf. *infra* N 513).

2. La motivation du recours

- 451 Pour être considéré comme recevable, le recours doit remplir certaines exigences minimales ayant trait à la *motivation de l'acte*. En effet, le recourant doit développer l'argumentation lui permettant de fonder son recours, en y joignant la décision attaquée⁷²⁸. Il ne peut se contenter d'alléguer que l'autorité inférieure a rendu une décision fautive, illégale ou encore arbitraire. Il doit expliquer pourquoi, selon lui, le droit a été violé ou les faits mal établis sous peine d'irrecevabilité du recours⁷²⁹.
- 452 Pour que l'autorité entre en matière sur le recours, le recourant doit donc soulever, dans ses écritures, au moins un grief recevable et suffisamment motivé. Ce sont les *conclusions du recours* qui définissent ensuite l'objet du litige qui, lui-même, définit la marge de manœuvre de l'autorité⁷³⁰. Dès lors, les arguments soulevés doivent être pertinents en lien avec l'objet du litige. En effet, il ne sert, par exemple, à rien d'alléguer l'inopportunité de la décision devant un Tribunal cantonal dont le pouvoir d'examen ne s'étend pas à l'opportunité⁷³¹.
- 453 Cependant, l'autorité de recours examine généralement le *droit d'office*, sans être liée par les motifs que le recourant invoque⁷³². En principe, elle peut donc sanctionner, de sa propre initiative, toute irrégularité qu'elle constate dans le cadre de l'objet du litige. En pratique, l'autorité de recours se limite généralement aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent⁷³³. Dès lors, si la motivation est erronée ou incomplète, cela a comme potentielle conséquence que le juge ne s'aperçoive pas d'une irrégularité sur laquelle son attention n'a pas été attirée et que celle-ci ne soit donc pas traitée⁷³⁴.

⁷²⁷ Art. 8 al. 2 PA, 9 al. 2 LPJA-NE, 13 al. 3 LPA-GE et 7 al. 2 LPA-VD.

⁷²⁸ Art. 35 LPJA-NE, 65 LPA-GE et 79 LPA-VD ; MOOR/POLTIER (2011), p. 803.

⁷²⁹ MOOR/POLTIER (2011), p. 803-804.

⁷³⁰ MEYER/BÜHLER (2008), p. 491.

⁷³¹ MOOR/POLTIER (2011), p. 804.

⁷³² Art. 62 al. 4 PA ; BOVAY (2015), p. 620.

⁷³³ ATAF 2014/24, consid. 2.2 ; BOVAY (2015), p. 620.

⁷³⁴ MOOR/POLTIER (2011), p. 782-783.

B. Le contrôle des faits

1. La maxime inquisitoire

L'autorité de recours doit établir les faits d'office, constater l'état de fait pertinent et procéder, s'il y a lieu, à l'administration des preuves. Elle doit s'attacher à établir l'état de fait de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle⁷³⁵. Cependant, en procédure contentieuse, la portée de la maxime inquisitoire doit être *relativisée*⁷³⁶. 454

En effet, bien que la conduite de la procédure incombe à l'autorité qui définit les faits qu'elle considère comme pertinents et les preuves y relatives qu'elle ordonne et apprécie d'office⁷³⁷, son rôle est de *vérifier* que l'instance précédente a correctement établi l'état de fait pertinent. Dans cette tâche, elle n'a pas à élucider des questions de fait essentielles en se substituant à l'autorité de première instance. Elle se limite généralement à valider ou à compléter l'état de fait pertinent tel qu'il a été retenu par l'autorité précédente⁷³⁸. 455

Si le recours n'est pas d'emblée irrecevable ou infondé, l'autorité de recours en donne connaissance sans délai à l'autorité qui a pris la décision attaquée et, le cas échéant, aux parties adverses du recourant ou à d'autres intéressés, en leur impartissant un délai pour présenter leur réponse (art. 57 al. 1 PA)⁷³⁹. En outre, elle peut, à n'importe quel stade de la procédure, inviter les parties à un échange ultérieur d'écritures ou les entendre dans une audience de débats (art. 57 al. 2 PA). L'avantage d'une éventuelle audience est de permettre au tribunal de se faire une autre image (ou de compléter) celle qu'il se faisait à la lecture des pièces écrites⁷⁴⁰. 456

Il faut distinguer cette possibilité de l'obligation prévue à l'art. 40 al. 1 LTAF qui veut que si l'affaire porte sur des prétentions à caractères civil ou sur une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, le juge instructeur ordonne des *débats publics*, pour autant qu'une partie le demande ou qu'un intérêt public important le justifie⁷⁴¹. Les parties ont seulement un droit 457

⁷³⁵ BOVAY (2015), p. 614.

⁷³⁶ MOOR/POLTIER (2011), p. 819 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1661.

⁷³⁷ MOOR/POLTIER (2011), p. 293.

⁷³⁸ AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 12 VwVG, N 10 ; GRASDORF-MEYER (2019), N 50 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1661.

⁷³⁹ BOVAY (2015), p. 608.

⁷⁴⁰ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1126.

⁷⁴¹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1127.

à obtenir des débats en procédure contentieuse lorsque leur prétention se fonde sur l'art. 6 CEDH⁷⁴².

- 458 Dans le cas contraire, si l'autorité de recours ne se limite pas à éclaircir l'état de fait pertinent, mais établit celui-ci au même titre que l'autorité inférieure, cela a comme conséquence que la partie se voit privée de la *garantie de la double instance*⁷⁴³. Cette assertion est particulièrement importante dans les procédures, comme en droit d'asile, où il n'y a que deux instances⁷⁴⁴ : le SEM agit comme autorité de première instance et le Tribunal administratif fédéral comme seule instance de recours.
- 459 Cependant, l'autorité peut tout de même procéder à des *constatations supplémentaires*, si elle l'estime nécessaire, et n'est pas liée par les offres de preuve et les motifs invoqués par les parties⁷⁴⁵. Cela a comme conséquence qu'un recours peut être admis sur la base de motifs autres que ceux invoqués par les parties⁷⁴⁶. Il en va différemment devant le Tribunal fédéral qui est généralement lié par l'état de fait établi par les autorités précédentes (cf. art. 97 et 105 LTF)⁷⁴⁷. *In fine*, l'autorité ne retiendra que les faits qui ont été dûment prouvés⁷⁴⁸. Une violation du principe de l'établissement d'office des faits n'a de conséquences que dans la mesure où cette violation empêche que les faits soient constatés de manière exacte et complète et entraîne ainsi un vice matériel de la décision⁷⁴⁹.
- 460 Tels qu'exposés, la maxime inquisitoire et l'obligation de collaborer laissent à l'autorité de recours une certaine *marge de manœuvre* pour décider des éléments de fait qu'elle souhaite approfondir. Elle s'exprime, premièrement, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe des « doutes » sur les faits établis par l'autorité précédente et quelles constatations supplémentaires entreprendre. Deuxièmement, l'autorité de recours a également une certaine marge de manœuvre dans l'interaction entre la maxime inquisitoire et l'obligation de collaborer des parties. Troisièmement, cette marge de manœuvre transparaît

⁷⁴² BOVAY (2015), p. 613 ; ce qu'il faut entendre par « prétentions à caractère civil » découle de la casuistique, à cet effet cf. BOVAY (2015), p. 54ss.

⁷⁴³ Arrêt du TAF E-3104/2012 du 3 décembre 2013, consid. 3.2.

⁷⁴⁴ À l'exception des cas comportant en parallèle une demande d'extradition, cf. art. 83 let. d LTF.

⁷⁴⁵ Art. 62 PA et, au niveau cantonal, art. 43 LPJA-NE, 69 LPA-GE et 89 LPA-VD ; CANDRIAN (2013), N 197 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 990.

⁷⁴⁶ RHINOW ET AL. (2021), N 1664.

⁷⁴⁷ RHINOW ET AL. (2021), N 2028.

⁷⁴⁸ CHAIX (2017), N 41 ; TANQUEREL (2018), N 885.

⁷⁴⁹ TANQUEREL (2018), N 885.

également dans les suites à donner à une violation de l'obligation de collaborer des parties⁷⁵⁰.

L'usage de cette marge de manœuvre doit être fait conformément au *principe de la proportionnalité*, en particulier, concernant les investigations de l'autorité qui doivent être en adéquation avec les conséquences de la décision sur les personnes concernées. Par exemple, en droit d'asile, au vu des importants intérêts en jeu, il est justifié de placer le seuil de « doutes » quant à l'exactitude des faits constatés par l'instance précédente plutôt bas⁷⁵¹. 461

Enfin, selon la jurisprudence, l'exposé des faits doit se faire de *la manière la plus neutre possible*. Ce faisant, le tribunal s'abstiendra de les apprécier ou de les qualifier sur le plan juridique. Au contraire, il se contentera de les énoncer d'une manière aussi neutre et objective que possible et ne présentera pour établis que les faits avérés et non contestés. Les éventuels points de désaccord seront exposés comme tels dans l'état de fait ; ils seront tranchés dans la discussion juridique, avec l'indication des éléments et des motifs ayant conduit le juge à retenir telle thèse ou telle version plutôt que telle autre. Le juge n'est cependant pas tenu d'exposer et de discuter tous les faits ressortant de l'instruction. Il peut au contraire se limiter à retranscrire ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents pour la solution du litige⁷⁵². 462

2. L'établissement inexact ou incomplet de l'état de fait

En sus du grief de violation du droit, le recourant peut généralement invoquer l'*établissement inexact ou incomplet des faits pertinents* devant les autorités de contrôle tant cantonales⁷⁵³ que fédérales (art. 49 let. b PA). Devant les autorités cantonales de dernière instance, cette exigence découle directement de la LTF qui demande que les cantons établissent une instance qui revoit librement les faits (art. 110 LTF). Cette disposition met en œuvre la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.) et a été instituée afin d'assurer la cohérence de la protection judiciaire en Suisse⁷⁵⁴. Le Tribunal fédéral étant un juge du droit, il ne peut être le juge dont parle l'art. 29a Cst. Dès lors, l'art. 110 LTF souligne qu'il appartient aux cantons, dans les causes relevant de leur compétence, d'assurer l'accès à un juge tel que prévu par la garantie constitutionnelle⁷⁵⁵. 463

⁷⁵⁰ GRASDORF-MEYER (2019), N 52.

⁷⁵¹ GRASDORF-MEYER (2019), N 53.

⁷⁵² Arrêts du TF 2A.496/2006 et 2A.497/2006 du 15 octobre 2007, consid. 5.1.1. non publié in ATF 133 II 429.

⁷⁵³ Cf. art. 33 let. b LPJA-NE, 61 let. b LPA-GE et 76 let. b LPA-VD.

⁷⁵⁴ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 110, N 5-6.

⁷⁵⁵ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 110, N 6.

- 464 L'état de fait est *inexact* lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, par exemple en contradiction avec les pièces⁷⁵⁶.
- 465 L'état de fait est *incomplet* lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuves déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure⁷⁵⁷. Cependant, l'autorité peut renoncer à certaines mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire, une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion⁷⁵⁸. L'établissement incomplet des faits est fréquemment lié à la question de la violation du droit d'être entendu⁷⁵⁹.

C. Le contrôle de l'application du droit

1. L'application d'office du droit

- 466 Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office (*iura novit curia*), sans être lié par les motifs invoqués à l'appui du recours, ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (art. 62 al. 4 PA⁷⁶⁰)⁷⁶¹. Il répond librement aux questions soulevées par l'objet du litige⁷⁶². Ainsi, il peut admettre un recours pour des motifs qui n'ont pas été invoqués ou au contraire le rejeter sur la base d'une autre motivation que celle sur laquelle s'est fondée l'instance précédente⁷⁶³.
- 467 Néanmoins, il ressort de sa pratique que le Tribunal administratif fédéral se limite en principe aux griefs invoqués et n'examine les autres points que dans

⁷⁵⁶ RHINOW ET AL. (2021), N 1595.

⁷⁵⁷ Arrêt du TAF F-6178/2019 du 15 janvier 2021, consid. 4.

⁷⁵⁸ Arrêt du TAF E-100/2021 du 15 janvier 2021, consid. 4.2 et E-6276/2020 du 4 janvier 2021, consid. 3.2.

⁷⁵⁹ ATAF 2007/37, consid. 2.3 ; BOVAY (2015), p. 566 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1043.

⁷⁶⁰ Des dispositions semblables se retrouvent dans les lois de procédure cantonale : art. 43 al. 1 LPJA-NE, 69 al. 1 LPA-GE, 41 LPA-VD.

⁷⁶¹ ATAF 2009/57, consid. 1.2 et 2007/41, consid. 2 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1004.

⁷⁶² CAMPRUBI MADELEINE, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 62 VwVG, N 16.

⁷⁶³ MOOR/PÖLTIER (2011), p. 805 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1004-1005.

la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent⁷⁶⁴. Dès lors, malgré le principe d'application d'office du droit, si les parties veulent s'assurer qu'un grief soit examiné, elles ont tout intérêt à le motiver. En effet, les questions de droit qui n'ont pas été soulevées par les parties à la procédure ne sont examinées par l'autorité de recours que s'il existe des raisons suffisantes de le faire, sur la base des conclusions des parties ou d'autres indications découlant du dossier⁷⁶⁵.

2. L'étendue du contrôle de la légalité

Le premier motif de recours invoqué dans les lois de procédure est celui de la *violation du droit*, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation⁷⁶⁶. Pour bien comprendre ce grief, il faut rappeler brièvement la règle de droit et en quoi consiste sa violation. 468

Une *règle de droit* est une norme générale et abstraite destinée à régler un nombre indéterminé de cas futurs⁷⁶⁷. Elle doit être de nature à déployer des effets juridiques pour les tiers (à l'exclusion des actes purement internes à l'administration) et elle doit émaner de l'Etat souverain⁷⁶⁸. 469

La règle de droit ainsi considérée comprend toutes les dispositions écrites, y compris au niveau international (par exemple, la CEDH) – qu'elles soient d'ordre constitutionnel, légal ou réglementaire, qu'elles soient matérielles ou procédurales – ainsi que les règles non écrites (principes généraux du droit et droit coutumier)⁷⁶⁹. Par contre, ce grief n'englobe pas les ordonnances administratives dont la violation n'est pas directement constitutive d'une illégalité. En effet, ce type d'ordonnance n'est pas considéré comme une règle de droit car il n'est pas directement contraignant pour les administrés⁷⁷⁰. 470

Le respect du principe de la légalité d'une décision peut s'examiner *en deux temps* : d'abord, sous l'angle de l'*existence* d'une base légale, puis, sous celui de sa *bonne application*. Il faut d'abord que la décision repose sur une base légale comme nous l'avons définie (N 469-470). Ensuite, il faut déterminer 471

⁷⁶⁴ ATAF 2014/24, consid. 2.2. et 2009/57, consid. 1.2 ; Arrêt du TAF A-3244/2018 du 10 septembre 2020, consid. 2.2; CHATTON ET AL. (2021), p. 62.

⁷⁶⁵ ATF 119 V 347, consid. 1 a).

⁷⁶⁶ Au niveau fédéral, art. 49 let. a PA et au niveau cantonal, notamment art. 33 let. a LPJA-NE, 61 al. 1 let. a LPA-GE et 76 al. 1 let. a et 98 al. 1 let. a LPA-VD.

⁷⁶⁷ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 11.

⁷⁶⁸ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 12-13.

⁷⁶⁹ BOVAY (2015), p. 564 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1119.

⁷⁷⁰ ATAF 2008/22, consid. 3.1.1 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1039-1041 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 788.

quelles sont les dispositions applicables au cas d'espèce et s'assurer qu'elles permettent de rendre la décision attaquée⁷⁷¹.

- 472 Il existe plusieurs cas de figure représentatifs d'une *violation d'une règle de droit*. D'abord, si l'autorité n'a pas correctement déterminé quelle était la règle applicable parce qu'elle a subsumé l'état de fait à une mauvaise norme. Tel est le cas tant lorsqu'une règle qui ne devait pas être appliquée l'est ou que lorsqu'une règle qui devait être appliquée ne l'est pas⁷⁷². Par exemple, le droit fédéral est violé lorsqu'un tribunal cantonal base sa décision sur une règle de droit fédéral de moindre portée alors qu'il aurait dû appliquer le droit cantonal ou communal pertinent (en l'espèce, concernant la protection des haies)⁷⁷³. Il y a également violation lorsque la règle de droit est *mal interprétée*. C'est ce qui arrive si l'autorité ne saisit pas correctement le sens ou la portée de la norme⁷⁷⁴.
- 473 Ensuite, il y a également une violation si la règle de droit est *mal appliquée*, c'est-à-dire si l'autorité l'applique alors que les conditions n'en sont pas remplies ou lorsqu'elle l'écarte alors que les conditions en sont remplies⁷⁷⁵. Cela inclut le mauvais exercice, par l'autorité, de sa marge de manœuvre, à savoir lorsqu'il y a un abus ou un excès positif ou négatif du pouvoir d'appréciation. Dès lors, la question de savoir si l'autorité précédente a respecté les limites de son pouvoir d'appréciation est également une question relevant de la légalité⁷⁷⁶.
- 474 Les *règles de droit examinées* dans le cadre d'un recours varient d'une instance à l'autre. Devant une juridiction administrative cantonale, le recourant peut faire valoir toute violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation⁷⁷⁷. Le droit revu par ces instances peut être aussi bien cantonal, qu'intercantonal, que fédéral et international⁷⁷⁸.
- 475 Devant le Tribunal administratif fédéral, l'art. 49 let. a PA prévoit que le recourant peut invoquer la violation du *droit fédéral*, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation. Cela comprend le droit fédéral, quelle que soit sa source et son rang, allant donc de la Constitution aux ordonnances législatives, y compris le droit international public directement applicable (normes dites

⁷⁷¹ RHINOW ET AL. (2021), N 1115-1117 ; TANQUEREL (2018), N 887-889.

⁷⁷² CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 15.

⁷⁷³ ATF 133 II 220, consid. 2.8.

⁷⁷⁴ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 16 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1035-1037.

⁷⁷⁵ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 17.

⁷⁷⁶ RHINOW ET AL. (2021), N 1120.

⁷⁷⁷ Art. 33 let. a LPJA-NE, 61 al. 1 let. a LPA-GE et 76 let. a LPA-VD.

⁷⁷⁸ MOOR/POLTIER (2011), p. 787.

self-executing)⁷⁷⁹. Le pouvoir d'examen de ce dernier ne s'étend normalement pas au droit cantonal. Cependant, il existe des exceptions par rapport au droit constitutionnel cantonal, au droit intercantonal ou lorsque l'application du droit cantonal équivaut à une violation du droit fédéral. Tel est par exemple le cas lorsqu'une disposition de droit cantonal est appliquée de manière arbitraire⁷⁸⁰. Cependant, en regard des compétences matérielle et fonctionnelle du Tribunal administratif fédéral, ces exceptions ne sont pas pertinentes en pratique⁷⁸¹.

3. L'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation

Comme nous l'avons vu dans le 1^{er} chapitre de cette partie, l'autorité doit respecter un certain nombre de principes dans sa prise de décision. Dès lors, si elle sort du cadre prévu par la légalité, elle *excède* ou *abuse* de son pouvoir d'appréciation. Il faut distinguer les concepts d'abus et d'excès, en cela que l'abus se rapporte à l'exercice-même du pouvoir d'appréciation alors que celui d'excès a trait à l'existence d'un tel pouvoir⁷⁸². Cependant, autant l'excès que l'abus du pouvoir d'appréciation constituent une violation du droit et donc une illégalité qui, à ce titre, peut être librement revue par les tribunaux⁷⁸³. 476

L'autorité doit, d'abord, respecter *le but* pour lequel un pouvoir d'appréciation lui a été accordé et ne pas le détourner. C'est d'ailleurs par rapport à ce but que se détermine la portée de son pouvoir d'appréciation⁷⁸⁴. Ensuite, elle doit procéder à un examen complet des faits et réunir les moyens de preuve y afférents afin d'adopter une décision appropriée au cas d'espèce (N 387). Enfin, elle doit motiver sa décision en précisant sur quels critères elle a basé cette dernière (N 416ss). Ces derniers doivent être transparents et objectifs afin d'éviter tout risque d'arbitraire⁷⁸⁵. 477

D'une part, l'autorité peut *excéder* son pouvoir d'appréciation de manière positive ou négative. 478

Il y a *excès positif* du pouvoir d'appréciation (« *Ermessensüberschreitung* ») lorsque l'autorité s'octroie une marge de manœuvre qui ne lui est pas accordée par la loi ou lorsqu'elle porte son choix sur une mesure qui ne fait pas partie 479

⁷⁷⁹ SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 49 VwVG, N 25.

⁷⁸⁰ SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 49 VwVG, N 25 ; ZIBUNG OLIVER/HOFSTETTER ELIAS, in : Praxiskommentar VwVG, art. 49, N 11

⁷⁸¹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1034.

⁷⁸² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 743.

⁷⁸³ Cf. art. 49 let. a PA.

⁷⁸⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 743.

⁷⁸⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 744.

de celles prévues ou permises par la loi. Dans les deux cas susmentionnés, l'autorité rend une décision qui se situe en dehors des limites de son pouvoir d'appréciation⁷⁸⁶. Par exemple, chaque fois que la personne étrangère a droit à un permis de séjour, si elle en remplit les conditions idoines alors l'autorité doit la lui accorder, sous peine d'excès positif de son pouvoir d'appréciation. Cela vaut également dans le sens inverse, à savoir lorsque la personne étrangère ne remplit pas les conditions de ladite autorisation, l'autorité ne peut pas la lui accorder⁷⁸⁷.

480 Au contraire, il y a un *excès négatif* du pouvoir d'appréciation (« *Ermessensunterschreitung* ») lorsque l'autorité se considère partiellement ou totalement liée par la norme alors qu'elle dispose d'une marge de manœuvre dont elle doit faire usage ou qu'elle renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation. Cela implique que l'autorité n'a pas seulement la possibilité, mais aussi le devoir d'exercer son pouvoir d'appréciation⁷⁸⁸. La version allemande de l'art. 49 PA parle seulement du « *Überschreitung* », mais l'excès négatif y est également inclus⁷⁸⁹.

481 D'autre part, il y a *abus* du pouvoir d'appréciation (« *Ermessensmissbrauch* ») lorsqu'une règle juridique est utilisée à des fins pour lesquelles elle n'est pas faite⁷⁹⁰. Tel est le cas si, bien que l'autorité reste dans le cadre du pouvoir d'appréciation qui lui a été conféré, elle est guidée par des considérations non pertinentes, étrangères à l'objet des dispositions pertinentes ou si elle viole des principes généraux tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'inégalité de traitement, l'exigence de la bonne foi et le principe de proportionnalité⁷⁹¹. Cela signifie que la décision n'est pas seulement inopportune, mais également inadmissible du point de vue légal car elle est en contradiction, soit avec les principes constitutionnels susmentionnés, soit avec le but ou le sens de la loi⁷⁹².

482 Dans l'ATF 142 I 152, la recourante allègue que le tribunal cantonal aurait *excédé (positivement) son pouvoir d'appréciation* en reconnaissant qu'elle avait subi des violences conjugales tout en rejetant son recours au motif que celles-ci n'auraient pas été prouvées par des documents remplissant les exigences de la jurisprudence fédérale concernant la preuve⁷⁹³. Le Tribunal fédéral admet ce grief car les preuves d'une violence conjugale

⁷⁸⁶ ATAF 2015/2, consid. 4.3.2 ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 445 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 437.

⁷⁸⁷ GRANT (2000), p. 69.

⁷⁸⁸ ATF 137 V 71, consid. 5.1 ; ATAF 2015/2, consid. 4.3.2 ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 446 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 439-440 ; TANQUEREL (2018), N 513-514.

⁷⁸⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1037 ; MARTIN/SELTMANN/LOHER (2016), p. 127.

⁷⁹⁰ KNAPP (1971), p. 407.

⁷⁹¹ ATF 141 V 365, consid. 1.2, 140 I 257, consid. 6.3.1 et 137 V 71, consid. 5.1 ; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 18.

⁷⁹² ATAF 2015/2, consid. 4.3.1-4.3.2 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 435.

⁷⁹³ Arrêt du TF 2C_77/2015 du 26 mai 2016, consid. 6.1 non publié in ATF 145 I 152.

peuvent être apportées de différentes manières et à la faveur d'indices convergents. Une fois qu'elle a forgé sa conviction intime que le conjoint étranger a été victime de violences conjugales graves, l'autorité ne peut donc lui imposer des conditions disproportionnées pour demeurer en Suisse de ce fait. Dès lors, contrairement à ce qu'a impliqué l'instance précédente, elle ne pouvait nier l'existence de violences psychiques graves, tout en les considérant comme avérées, au seul motif que celles-ci n'avaient pas été établies à l'aide de preuves documentaires⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴ ATF 145 I 152, consid. 6.2.

4. La motivation

- 483 Tout comme l'autorité administrative, les autorités de recours sont tenues de motiver leur décision⁷⁹⁵. Cependant, si, dans certains cas, il est admis que l'autorité administrative motive brièvement sa décision, les *exigences* concernant l'autorité de recours sont *plus élevées* (N 423)⁷⁹⁶.
- 484 S'agissant des décisions des *autorités cantonales de dernière instance*, la LTF prévoit spécifiquement que celles-ci, si elles peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral, doivent contenir les motifs déterminants de fait et de droit, notamment les dispositions légales appliquées (art. 112 al. 1 let. b LTF)⁷⁹⁷. Ainsi, lesdites décisions doivent indiquer clairement les faits qui sont établis et les déductions juridiques qui sont tirées de l'état de fait déterminant⁷⁹⁸. En outre, il faut que les motifs qui ont guidé l'autorité cantonale, son argumentation par rapport à un grief, soient identifiables⁷⁹⁹. Ces exigences constituent un présupposé nécessaire pour que le Tribunal fédéral, qui se base sur les faits retenus par l'autorité précédente, puisse constater si les faits ont été établis de manière exacte⁸⁰⁰.
- 485 Devant le *Tribunal administratif fédéral*, la PA prévoit que la décision sur recours doit contenir un résumé des faits essentiels, la motivation (considérants) et le dispositif (art. 61 al. 2 PA)⁸⁰¹. Il en découle que la motivation doit notamment contenir les éléments sur lesquels l'autorité fonde sa décision, en particulier le résultat de l'appréciation des preuves et l'appréciation juridique du litige⁸⁰². Ainsi, les conditions posées par cet article sont assez souples et n'ont pas une portée plus étendue que les garanties découlant du droit d'être entendu⁸⁰³.
- 486 Précisons encore que, comme pour l'autorité de première instance, la motivation a une importance particulière lorsqu'il s'agit de *revoir une question d'appréciation* (N 428). En effet, dans ces cas-là, une argumentation est nécessaire pour établir le lien entre la majeure et la mineure. L'autorité de recours ne peut

⁷⁹⁵ Pour les généralités sur l'exigence de motivation, nous nous permettons de renvoyer à ce qui a été dit dans le chap. 2, point IV. B.

⁷⁹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 1072 ; RAMELET (2020), p. 7.

⁷⁹⁷ RAMELET (2020), p. 7.

⁷⁹⁸ Arrêt du TF 1C_325/2019 du 2 septembre 2019, consid. 3.1 et 8D_2/2017 du 23 février 2018, consid. 5.2.

⁷⁹⁹ Arrêt du TF 8D_2/2017 du 23 février 2018, consid. 5.3.1.

⁸⁰⁰ À lire en lien avec l'art. 97 al. 1 LTF ; BOVAY (2015), p. 561 ; BSK BGG-SCHOTT MARKUS, Art. 97, N 12.

⁸⁰¹ Arrêt du TAF B-3066/2019 du 12 juillet 2019, consid. 4.1.

⁸⁰² RAMELET (2020), p. 11.

⁸⁰³ RAMELET (2020), p. 11.

se contenter d'une incertitude : elle doit trancher et décider⁸⁰⁴. À cet égard, à travers sa motivation, elle doit légitimer les choix opérés, convaincre du bien-fondé et assurer une meilleure acceptation de la décision⁸⁰⁵. Pour ce faire, elle devrait, en particulier, rendre son appréciation des preuves transparente et montrer qu'elle a pris en compte les offres de preuve des parties⁸⁰⁶.

D. Le contrôle de l'opportunité

1. La particularité de ce grief

Lorsque l'autorité administrative est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet de se déterminer en opportunité, cela implique qu'elle a le *choix entre plusieurs solutions légales*. Ce choix va ainsi être orienté par des considérations d'efficacité, en adéquation avec les résultats recherchés par l'action administrative (N 144). Dès lors, l'opportunité met en scène la liberté de décision de l'administration que nous avons qualifiée de liberté micropolitique (N 145). 487

Ainsi, le grief relatif à l'inopportunité d'une décision permet le contrôle d'une décision qui est légale⁸⁰⁷. Cela a comme conséquence qu'il est généralement *exclu de l'examen des instances judiciaires* de recours, qui ont pour seule tâche la bonne application du droit et n'ont pas de responsabilité quant à la gestion efficiente de l'action étatique (N 142)⁸⁰⁸. 488

En effet, cette *responsabilité* incombe à l'administration dans les cas où le législateur lui a accordé une liberté d'appréciation. À cet égard, les autorités judiciaires, dont le contrôle ne s'étend pas à l'opportunité, se limitent à contrôler si, en poursuivant son objectif d'efficacité, l'administration respecte le droit et sa marge de manœuvre dans laquelle elles n'interviendront qu'en cas d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation (N 146)⁸⁰⁹. 489

En outre, les tribunaux sont généralement mal équipés – que ce soit au niveau du personnel, des connaissances spécifiques et techniques ou de la proximité spatiale avec l'affaire – pour déterminer quel est le meilleur usage qui doit être fait de la liberté d'appréciation, une fois toutes les exigences juridiques 490

⁸⁰⁴ MOOR (2010), p. 267.

⁸⁰⁵ MOOR (2010), p. 270.

⁸⁰⁶ GRASDORF-MEYER (2019), N 61.

⁸⁰⁷ TANQUEREL (2018), N 519.

⁸⁰⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 577.

⁸⁰⁹ MOOR (2005), p. 75.

respectées⁸¹⁰. Ces différents points correspondent chacun à des motifs de retenue pour les tribunaux. À ce titre, ils seront développés dans le chapitre suivant⁸¹¹.

2. Le contrôle de l'opportunité

- 491 Les autorités de recours revoient en principe les aspects relatifs aux faits ainsi que la légalité d'une décision, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation. Cependant, certaines instances sont également habilitées à revoir l'opportunité d'une décision. Son contrôle a lieu, dans *un second temps*, une fois que l'autorité s'est assurée du respect du cadre légal.
- 492 Une décision est *considérée comme inopportune* lorsque, bien que l'administration soit restée dans les limites de son pouvoir d'appréciation, elle paraît peu judicieuse, inappropriée ou inadéquate dans son résultat, au vu des circonstances du cas d'espèce (N 328)⁸¹².
- 493 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, concernant « l'opportunité de la décision en cause, l'examen porte sur le point de savoir si une autre solution que celle que l'autorité, dans un cas concret, a adoptée dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et en respectant les principes généraux du droit, n'aurait pas été plus judicieuse quant à son résultat »⁸¹³. Il ajoute encore que le juge ne peut, sans motif pertinent, substituer sa propre appréciation à celle de l'administration. Au contraire, il doit s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la plus appropriée. Pour ce faire, il doit porter son attention sur les différentes solutions qui s'offraient à l'organe d'exécution et voir si une autre solution serait plus appropriée et s'imposerait pour un motif pertinent⁸¹⁴.
- 494 Comme l'exprime le Tribunal fédéral, le contrôle de l'opportunité n'intervient que « *wo das Recht - selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz - als Regulativ nicht mehr hinkommt* »⁸¹⁵. Une décision inopportune ne constitue donc pas une violation du droit mais doit plutôt s'apparenter à ce que TANQUEREL qualifie

⁸¹⁰ TANQUEREL (2013), p. 226.

⁸¹¹ Cf. 2^{ème} partie, chap. 4, point V.

⁸¹² ATF 142 II 268, consid. 4.2.3 ; Arrêt du TAF F-736/2017 du 18 février 2019, consid. 7.8.1 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N 431 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (2013), N 2.192.

⁸¹³ ATF 137 V 71, consid. 5.2 et 126 V 75, consid. 6.

⁸¹⁴ ATF 137 V 71, consid. 5.2 et 126 V 75, consid. 6 ; Approche également retenue par le Tribunal administratif fédéral dans l'ATAF 2015/2, consid. 4.3.2.

⁸¹⁵ ATF 142 II 268, consid. 4.2.3.

d'« erreur politique »⁸¹⁶, un « mésusage légal » selon DUBEY/ZUFFEREY⁸¹⁷ ou encore un « *einfacher Ermessensfehler* » selon TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER⁸¹⁸.

Cela implique que, lorsque son contrôle est étendu à l'opportunité, l'autorité peut substituer sa solution à celle de l'autorité inférieure en considérant qu'un autre choix est *plus approprié* et cela sur des motifs qui ne touchent pas à la légalité, mais à la gestion des tâches administratives de l'autorité contrôlée. Cette compétence est donc directement liée au pouvoir hiérarchique de l'administration⁸¹⁹. 495

3. Les autorités dont le pouvoir d'examen s'étend à l'opportunité

a. Le principe : les autorités hiérarchiques

S'agissant du contrôle de l'opportunité, il s'agit de distinguer les autorités de recours hiérarchiques et les autorités de recours judiciaires. En effet, par sa nature (N 488-489), le contrôle de l'opportunité est traditionnellement lié à la *hiérarchie interne à l'administration* jusqu'à son plus haut niveau, le gouvernement⁸²⁰. 496

Le pouvoir hiérarchique est une caractéristique de l'*administration centralisée* et confère plusieurs prérogatives à l'autorité hiérarchique, dont celles de diriger et d'instruire (notamment par l'édition de directives), de contrôler l'exécution de ses directives, de statuer sur les recours à l'encontre des décisions des autorités qui lui sont hiérarchiquement subordonnées (recours hiérarchique). Ce contrôle est étendu à l'opportunité car, puisque l'autorité hiérarchique peut donner des instructions *ex ante*, il est logique qu'elle puisse également en contrôler l'adéquation *ex post*⁸²¹. Il permet ainsi d'assurer la cohérence de l'action administrative et de rectifier, à l'interne, les éventuelles erreurs d'appréciation⁸²². À cet égard, il est également fait référence à la notion 497

⁸¹⁶ TANQUEREL (2013), p. 214 ; TANQUEREL (2018), N 520.

⁸¹⁷ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 441.

⁸¹⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 14.

⁸¹⁹ ATAF 2015/9, consid. 6.1 ; DÉFAGO GAUDIN (2021), N 22 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 741 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 797-798.

⁸²⁰ HANGARTNER (2005), p. 319 et 322-323 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 741 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 798 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 20.

⁸²¹ DÉFAGO GAUDIN (2021), N 22 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), p. 50-51 ; TANQUEREL (2018), N 124.

⁸²² TANQUEREL (2013), p. 224 ; TSCHANNEN (2008), N 355.

d' « administrateur-juge » puisque l'autorité administrative endosse des fonctions juridictionnelles⁸²³.

498 Le contrôle de l'opportunité de la décision est également possible dans le cas particulier de la *procédure d'opposition*. En effet, puisque c'est la même autorité qui se prononce sur l'opposition que celle qui a rendu la décision originale, cela se justifie que cette dernière puisse revoir librement les faits et se prononcer tant sur les questions de droit que d'opportunité⁸²⁴.

b. L'exception : les autorités judiciaires

499 L'exclusion du contrôle de l'opportunité est de mise devant le Tribunal fédéral (art. 95-97 LTF *a contrario*). Il l'est également devant certaines autorités judiciaires cantonales⁸²⁵ alors que d'autres le prévoient dans certains cas particuliers⁸²⁶.

500 Cependant, l'art. 49 let. c PA prévoit la possibilité d'un tel contrôle devant le *Tribunal administratif fédéral* pour autant que l'opportunité n'ait pas déjà été revue par une autorité cantonale (art. 49 let. c *in fine* PA). Dans ce dernier cas, il est supposé que ce grief a déjà été revu une fois et qu'un second contrôle n'est pas nécessaire⁸²⁷. Il ne doit pas non plus être exclu par une loi spéciale. À cet égard, l'exception la plus importante – puisqu'elle représente plus de la moitié des cas traités annuellement par le Tribunal administratif fédéral – est celle relative au domaine de l'asile⁸²⁸. Cependant, elle n'est pas la seule et le contrôle de l'opportunité est également exclu notamment dans les domaines touchant aux marchés publics, à l'assurance maladie, à la recherche, aux recours contre un examen d'une école polytechnique fédérale ou encore aux chemins de fer fédéraux⁸²⁹.

⁸²³ DÉFAGO GAUDIN (2013), p. 193.

⁸²⁴ TANQUEREL (2018), N 1277.

⁸²⁵ Par exemple les art. 33 LPJA-NE, 77 CPJA-FR et 98 LPA-VD qui ne prévoient pas ce grief.

⁸²⁶ L'art. 61 al. 2 LPA-GE indique qu'il peut être revu si c'est prévu par une loi spéciale. Il est prévu, dans certains cas, aux art. 122-123 du code de procédure administrative jurassien, à l'art. 66 al.1 let. b LPJA-BE ainsi qu'à l'art. 78 al. 1 let. b LPJA-VS.

⁸²⁷ RHINOW ET AL. (2021), N 1602.

⁸²⁸ Art. 106 al. 1 LAsi ; Pour les chiffres précis, voir le Rapport de gestion du Tribunal administratif fédéral 2021, p. 80 (disponible sur : <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/rapports-de-gestion.html>).

⁸²⁹ Tel est le cas des art. 56 al. 3 loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 21 juin 2019, RS 172.056.1 ; art. 53 al. 2 let. e loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) du 18 mars 1994, RS 832.10 ; art. 13 al. 3 loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de

Outre la possibilité d'un contrôle de l'opportunité devant le Tribunal administratif fédéral, il existe d'autres exceptions liées à *des domaines particuliers*. L'une d'elle est le contrôle de l'opportunité par une autorité judiciaire dans le cadre de l'examen de la détention administrative (art. 80 et 80a LEI). En effet, il est prévu que non seulement la légalité, mais aussi l'adéquation (opportunité) de la mesure puisse être examinée dans les 96 heures par une autorité judiciaire (art. 80 al. 2 et 2^{bis} et 80a al. 3 LEI). Cette disposition est concrétisée en droit neuchâtelois à l'art. 4 al. 1 let. b LILSEE qui prévoit que le Tribunal des mesures de contrainte peut examiner la légalité et l'adéquation de la détention. Ce contrôle judiciaire limitant la marge de manœuvre dévolue à l'administration se justifie au vu de l'importance des biens juridiques en jeu qui sont la privation de liberté de la personne^{830,831}.

c. Le cas particulier du Tribunal administratif fédéral

Si le contrôle de l'opportunité reste possible dans certains cas auprès du Tribunal administratif fédéral, c'est parce qu'il a *suppléé* aux commissions fédérales de recours et d'arbitrage ainsi que les services de recours des Départements, tous déjà soumis au régime de la PA. Lors de cette « succession », le législateur n'a pas voulu renoncer au contrôle de l'opportunité. Dès lors, le Tribunal administratif fédéral dispose d'un plein pouvoir d'examen étendu à l'opportunité⁸³². Si cette règle ne découle pas de la garantie d'accès au juge qui ne demande qu'un contrôle étendu aux faits et au droit, elle est a été conçue pour assurer un plein pouvoir d'examen par au moins une autorité de recours et ainsi garantir une protection juridique efficace des justiciables⁸³³.

Cela implique que, dans les cas où ce grief est invocable, le Tribunal administratif fédéral *doit revoir l'opportunité* de la décision et pas seulement sa légalité. S'il ne le faisait pas, cela pourrait être constitutif d'un déni de justice⁸³⁴. Cependant, si l'autorité inférieure est au bénéfice, notamment, de connaissances spécialisées, le Tribunal administratif fédéral peut s'imposer une

l'innovation (LERI) du 14 décembre 2012, RS 420.1 ; art. 37 al. 4 loi sur les écoles polytechniques fédérales (Loi sur les EPF) du 4 octobre 1991, RS 424.110 ; art. 51a al. 2 loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF) du 20 décembre 1957, RS 742.101 et art. 8 al. 3 Loi fédérale sur les demandes d'indemnisation envers l'étranger du 21 mars 1980, RS 981.

⁸³⁰ Cf. dans ce sens, TANQUEREL (2013), p. 227.

⁸³¹ Cette problématique est développée plus en détail, dans la 3^{ème} partie, chap. 2, point III. D.

⁸³² METZ (2013), p. 129 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1130 ; UHLMANN/SCHEIFELE (2019), p. 302.

⁸³³ UHLMANN/SCHEIFELE (2019), p. 301.

⁸³⁴ WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 2717.

certaine retenue sans commettre d'illégalité (cf. *infra* N 684)⁸³⁵. Dès lors, il ne substitue pas sa propre appréciation à celle de l'autorité inférieure sans nécessité⁸³⁶.

- 504 Le message du Conseil fédéral relatif à la révision de l'organisation judiciaire *justifie cet arrangement* en ce sens qu'« [i]l importe qu'une décision soit vérifiée au moins une fois du point de vue de son opportunité, si l'on ne veut pas que la protection juridictionnelle soit amputée. Cette exigence l'emporte sur les réserves dogmatiques de ceux qui prétendent que, par leur fonction même, les tribunaux doivent limiter leur intervention au contrôle des limites juridiques de l'exercice du pouvoir d'appréciation (excès, abus ou insuffisance du pouvoir d'appréciation). Si l'on excluait le grief de l'inopportunité d'une décision, on risquerait d'étendre exagérément la notion d'arbitraire afin d'obtenir néanmoins, par ce biais, un contrôle de l'opportunité d'une décision. Selon l'art. 49, let. c, PA, le grief de l'inopportunité ne peut plus être invoqué si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours. On admet que, dans ce cas, la question de l'opportunité a été vérifiée au cours de la procédure cantonale ». ⁸³⁷
- 505 Ce principe, exigeant qu'au moins une autorité soit au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen, est profondément lié à la tradition suisse qui voulait que chaque décision administrative soit revue par au moins une instance de recours interne⁸³⁸.
- 506 Cette justification reste compréhensible lorsque les autorités impliquées dans le processus décisionnel sont une autorité administrative directement suivie par le Tribunal administratif fédéral qui va alors se prononcer comme autorité judiciaire de première instance et dans certains domaines, exclus de la possibilité de recours auprès du Tribunal fédéral, comme *première et seule* autorité judiciaire⁸³⁹.
- 507 C'est, par exemple, cette constellation que l'on retrouve dans le domaine de l'asile où le SEM statue en première instance, suivi de la possibilité de recourir au Tribunal administratif fédéral qui agit en tant qu'instance judiciaire unique. L'art. 106 al. 1 let. c LAsi, *lex specialis* de l'art. 49 let. c PA, prévoyait d'ailleurs la possibilité de revoir l'opportunité des décisions. Cette modification,

⁸³⁵ Arrêt du TF 1C_402/2016 du 31 janvier 2018, consid. 8.2 ; WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 2717.

⁸³⁶ ATF 129 II 331, consid. 3.2 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (2013), N 2.192.

⁸³⁷ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4055.

⁸³⁸ SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 49 VwVG, N 4, y compris la note de bas de page n° 30.

⁸³⁹ BOVAY (2015), p. 570.

qui a été définitivement supprimée dans le cadre de la restructuration du droit d'asile, est entrée en vigueur le 1^{er} février 2014⁸⁴⁰.

III. La marge de manœuvre du Tribunal fédéral

Au vu de son rôle d'instance suprême, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral diffère de celui des instances précédentes. Ses spécificités justifient qu'il soit traité dans un chapitre à part (point A.). Ensuite, à l'instar des instances le précédant, nous abordons la recevabilité (point B), le contrôle des faits (point C.) et le contrôle de l'application du droit (point D.). Enfin, nous précisons son absence de contrôle quant à l'opportunité (point E.). 508

A. Les spécificités du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

Au point précédent, nous avons décrit le pouvoir d'examen des instances précédant le Tribunal fédéral, à savoir les tribunaux cantonaux de dernière instance et le Tribunal administratif fédéral. Il nous reste à examiner, au niveau suisse, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, qui est réglé de manière spécifique par la LTF. Nous abordons ici en particulier le recours en matière de droit public (art. 82ss LTF) et le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113ss LTF). 509

Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est traité spécifiquement aux art. 95-98 et 105-107 LTF. Les premiers articles correspondent aux motifs que la personne recourante peut invoquer devant cette instance alors que les seconds décrivent son pouvoir d'examen quant aux questions de fait et de droit. Il y a donc un lien étroit entre ces deux groupes de dispositions : les motifs qui peuvent être invoqués par le recourant et ceux qui peuvent être revus par le Tribunal fédéral doivent correspondre⁸⁴¹. 510

Cette partie du chapitre 3 ne contient donc que les aspects qui sont spécifiques au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral quant à la recevabilité, au contrôle des faits et du droit et à son absence de contrôle de l'opportunité. 511

⁸⁴⁰ RO 2013 4375, 4383.

⁸⁴¹ BSK BGG-DORMANN JOHANNA, Art. 105, N 52 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 105, N 22-23.

B. La recevabilité

1. Quelques généralités

- 512 Le Tribunal fédéral *examine d'office* sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours déposés devant lui⁸⁴². Cependant, chaque fois que la recevabilité du recours pose un problème particulier, il est attendu de la personne recourante qu'elle explique en quoi la cause remplit les conditions spécifiques qui justifient d'entrer en matière, à moins que cela ne soit évident⁸⁴³.
- 513 S'il se considère *incompétent*, il rend une décision d'irrecevabilité (art. 30 al. 1 LTF). Il n'est obligé de transmettre d'office la cause à l'autorité compétente que dans les cas prévus par l'art. 30 al. 2 LTF, à savoir lorsque la compétence a été déterminée à l'issue d'un échange de vue ou si la compétence d'une autre autorité fédérale apparaît vraisemblable⁸⁴⁴.
- 514 En plus des conditions générales de recevabilité, le recours en matière de droit public (art. 82ss LTF) contient ses propres clauses d'irrecevabilité puisque l'art. 83 LTF liste toute une série de matière exclues de l'examen du Tribunal fédéral. Nous allons examiner ce cas de figure dans les paragraphes suivants.

2. Les cas d'irrecevabilité dans le recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral

- 515 Le recours en matière de droit public est la voie de droit ordinaire pour toute personne désireuse de déposer un recours en droit des personnes étrangères et, de manière plus générale, en droit public. L'art. 82 LTF prévoit trois possibilités dans lesquelles cette voie est ouverte : contre les décisions rendues dans des causes de droit public (let. a) ; contre les actes normatifs cantonaux (let. b) et pour les recours qui concernent le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires (let. c).
- 516 Cependant, pour éviter une surcharge de travail, le constituant a prévu la *possibilité d'exclure l'accès* au Tribunal fédéral dans certaines matières (art. 191 al. 3 Cst.). Cette possibilité est concrétisée à l'art. 83 LTF qui prévoit un catalogue de matières exclues, dont plusieurs relevant du droit des personnes étrangères comme le domaine de l'asile dans sa quasi-intégralité⁸⁴⁵ ou les recours

⁸⁴² DUBEY (2013), p. 157.

⁸⁴³ AUBRY GIRARDIN FLORENCE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 42, N 37.

⁸⁴⁴ BOVAY (2015), p. 114.

⁸⁴⁵ À l'exception des cas d'extradition, cf. art. 83 let. d LTF.

liés à la naturalisation ordinaire⁸⁴⁶. Ces matières sont donc irrecevables du point de vue du recours en matière de droit public et la seule possibilité restante est de déposer un recours constitutionnel subsidiaire. Cependant, l'accès à ce dernier est assez restreint, pour plusieurs raisons (comme la limitation quant aux instances précédentes [art. 113 LTF] ou aux griefs invocables [art. 116 LTF]).

Pour ce qui est du *régime ordinaire de la LEI*, plusieurs catégories de demandes, comme celles concernant l'entrée en Suisse (art. 83 let. c, ch. 1), l'admission provisoire (art. 83 let. c, ch. 3), l'expulsion fondée sur l'art. 121 al. 2 Cst. ou le renvoi (art. 83 let. c, ch. 4), les dérogations aux conditions d'admission (ch. 5), la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièce de légitimation (ch. 6) sont exclues de l'examen du Tribunal fédéral. 517

Un cas d'irrecevabilité qui mérite d'être mentionné à part, vu son importance pratique, est la demande concernant une *autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit* (art. 83 let. c ch. 2 LTF). Il en va ainsi parce que l'autorité compétente dispose d'un pouvoir d'appréciation afin d'accorder des autorisations pour lesquelles la personne étrangère n'est pas au bénéfice d'un droit⁸⁴⁷. *A contrario*, cela signifie qu'une décision concernant une autorisation à laquelle la personne a droit sur la base du droit fédéral ou du droit international peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral. 518

L'existence d'un droit à une autorisation est une question qui relève à la fois du fond et de la forme. Dès lors, au stade du traitement de la recevabilité du recours au sens de l'art. 83, il suffit que le recourant invoque de manière *plausible et vraisemblable* un droit potentiel à une autorisation⁸⁴⁸. La question de savoir si la personne recourante a effectivement un droit à cette autorisation est traitée avec le fond⁸⁴⁹. 519

Concrètement, les cas donnant droit à une autorisation dans le régime ordinaire de la LEI concernent : les apatrides reconnus (art. 31 LEI) ; les cas de regroupement familial lorsque le regroupant est suisse (art. 42 LEI) ou au bénéfice d'une autorisation d'établissement (art. 43 LEI) ; l'enfant placé en vue 520

⁸⁴⁶ Cf. art. 83 let. b LTF.

⁸⁴⁷ ATF 146 I 185, consid. 6.1 ; ATF 135 II 1, consid. 1.1; 133 I 185, consid. 2.3.

⁸⁴⁸ ATF 139 I 330, consid. 1.1 et 136 II 177, consid. 1.1 et références.

⁸⁴⁹ AUBRY GIRARDIN FLORENCE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, Art. 83, N 54 et jurisprudences citées.

d'adoption (art. 48) et les cas de dissolution de la famille tels que prévus par l'art. 50 LEI⁸⁵⁰. En outre, l'art. 52 LEI prévoit que les dispositions concernant le conjoint étranger s'appliquent également aux partenaires enregistrés du même sexe⁸⁵¹. Enfin, par parallélisme, en cas de révocation d'une autorisation à laquelle la personne a un droit, le cas d'irrecevabilité de l'art. 83 let. c ch. 2 LTF n'est pas non plus applicable⁸⁵².

- 521 Cependant, les personnes étrangères titulaires d'une *autorisation de séjour* (au sens étroit) n'ont, en principe, pas de droit à cette autorisation, à moins qu'elles ne puissent invoquer une disposition particulière du droit fédéral ou international leur octroyant un tel droit⁸⁵³. Tel est par exemple le cas des personnes étrangères mariées à une personne suisse⁸⁵⁴ ou reconnues comme réfugié en Suisse⁸⁵⁵.
- 522 Enfin, un droit à l'autorisation peut également découler du *droit international*. Tel est en particulier le cas de la protection de la vie privée et familiale découlant de l'art. 8 CEDH⁸⁵⁶ ainsi que de l'ALCP. En effet, cet accord prévoit plusieurs cas de figure dans lesquelles la personne étrangère a droit à une autorisation de séjour (art. 4 et annexe I ALCP)⁸⁵⁷.

3. La motivation de l'acte

- 523 Les exigences relatives à la *motivation de l'acte* par le recourant sont plus élevées devant le Tribunal fédéral que devant les instances le précédant. Ce niveau d'exigences a été voulu par le législateur afin de contribuer à l'efficacité de la justice⁸⁵⁸.
- 524 Elles sont concrétisées à l'art. 42 al. 2 LTF – ainsi qu'à l'art. 106 al. 2 LTF pour les droits fondamentaux et le droit cantonal et intercantonal – qui prévoient que les motifs invoqués par le recourant doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit⁸⁵⁹. En outre, si le recours n'est recevable que lorsqu'il soulève une question juridique de principe ou qu'il porte sur un

⁸⁵⁰ AUBRY GIRARDIN FLORENCE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, Art. 83, N 45.

⁸⁵¹ BSK BGG-HÄBERLI THOMAS, Art. 83, N 75.

⁸⁵² ATF 135 II 1, consid. 1.2 ; Arrêt du TF 2C_438/2016 du 11 janvier 2017, consid. 1.

⁸⁵³ ATF 131 II 339, consid. 1 et 130 II 281, consid. 2.1.

⁸⁵⁴ ATF 137 I 284, consid. 1.3.

⁸⁵⁵ ATF 139 I 330, consid. 1.2.

⁸⁵⁶ Cet aspect est développé de manière détaillée dans la 3^{ème} partie, chap. 3, point II.

⁸⁵⁷ AUBRY GIRARDIN FLORENCE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, Art. 83, N 49.

⁸⁵⁸ AUBRY GIRARDIN FLORENCE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 42, N 21 ; DUBEY (2013), p. 158.

⁸⁵⁹ BSK BGG-MERZ LAURENT, Art. 42, N 48.

cas particulièrement important pour d'autres motifs, il faut exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée⁸⁶⁰.

Dès lors, le recourant doit expliquer, dans son acte, pourquoi il estime que la décision attaquée a méconnu le droit, en mentionnant la motivation de la décision attaquée et les règles de droit applicables⁸⁶¹. Puis, il doit encore exposer en quoi une application correcte du droit amènerait à une autre issue qui lui soit favorable. Même s'il ne mentionne pas expressément les bases légales incriminées, il faut, pour que l'exigence de motivation soit respectée, qu'elles puissent être déduites de son mémoire⁸⁶². S'il ne remplit pas ces exigences minimales, il peut lui être reproché des *critiques de type appellatoire*, sur lesquelles le Tribunal fédéral n'entre pas en matière⁸⁶³. Tel est par exemple le cas, si la personne recourante se contente de dire que la décision est « illégale », « fautive » ou que l'argumentation de l'instance précédente est « incompréhensible »⁸⁶⁴.

Si dans de nombreux cas, il apparaît clairement que la motivation est soit insuffisante, soit suffisante par rapport aux exigences de l'art. 42 al. 2 LTF (ou 106 al. 2 LTF), certains *cas limites* laissent une marge de manœuvre procédurale au Tribunal fédéral pour décider s'il instruit la cause ou s'il la déclare irrecevable en procédure simplifiée. En effet, l'art. 108 al. 1 LTF prévoit que le Tribunal fédéral peut ne pas entrer en matière sur les recours manifestement irrecevables (let. a), sur ceux dont la motivation est manifestement insuffisante (let. b) ou encore sur ceux qui sont procéduriers ou abusifs (let. c). Cela est possible seulement en cas d'irrecevabilité ou de motivation insuffisante *manifestes*⁸⁶⁵. Concernant le recours procédurier ou abusif, il n'y a pas cette notion de manifeste. Cependant, selon CORBOZ ou DONZALLAZ, ces termes contiennent déjà l'idée d'un cas choquant⁸⁶⁶. Dans les autres cas, où le recours est simplement infondé, il faut suivre la procédure ordinaire à trois juges⁸⁶⁷.

⁸⁶⁰ Art. 42 al. 2 LTF, 2^{ème} phrase ; AUBRY GIRARDIN FLORENCE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 42, N 35.

⁸⁶¹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1519.

⁸⁶² CHAIX (2017), N 49-50 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1520.

⁸⁶³ ATF 136 II 101, consid. 3 (critiques de type appellatoire portant sur l'état de fait ou l'appréciation des preuves) ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1519 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1015.

⁸⁶⁴ BSK BGG-MERZ LAURENT, Art. 42, N 53.

⁸⁶⁵ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 108, N 15 et 20.

⁸⁶⁶ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 108, N 29 ; DONZALLAZ (2008), N 4375.

⁸⁶⁷ DONZALLAZ (2008), N 4371.

C. Le contrôle des faits

1. Les conditions pour un contrôle des faits

- 527 Pour assurer la cohérence de la protection judiciaire et la transition entre la procédure cantonale et fédérale, l'art. 110 LTF prévoit que les tribunaux cantonaux de dernière instance doivent pouvoir examiner librement les faits et le droit (N 463)⁸⁶⁸. Le Tribunal administratif fédéral a également un pouvoir d'examen étendu aux faits (art. 49 let. b PA).
- 528 À l'inverse, le Tribunal fédéral est un *juge du droit*. En cette qualité-là, il n'assume généralement pas de tâches de contrôle des faits⁸⁶⁹. Au contraire, il est généralement lié par les constatations de fait de l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Cette restriction du pouvoir d'examen a été voulue par le législateur lors de la révision de l'organisation judiciaire et de l'entrée en vigueur de la LTF. Elle permet ainsi au Tribunal fédéral de se concentrer sur une application et un développement uniforme du droit fédéral et des règles de droit soumises à son contrôle⁸⁷⁰.
- 529 La règle est donc que la personne recourante ne peut s'écarter des constatations de fait contenues dans la décision attaquée *qu'aux conditions cumulatives* suivantes : si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF *et* si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF)⁸⁷¹.
- 530 Selon le message du Conseil fédéral, l'autorité qui constate les faits de *manière manifestement inexacte* commet un arbitraire⁸⁷². Cela inclut l'arbitraire tant dans l'appréciation des preuves que dans l'établissement des faits⁸⁷³. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « [l]a violation peut consister en un état de fait incomplet, car l'autorité précédente viole le droit matériel en n'établissant pas tous les faits pertinents pour l'application de celui-ci. L'appréciation des

⁸⁶⁸ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 110, N 5.

⁸⁶⁹ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 105, N 15 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 792 ; RHINOW ET AL. (2021), N 1963.

⁸⁷⁰ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 I 4000, 4135 ; BSK BGG-SCHOTT MARKUS, Art. 97, N 5 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 110, N 5 ; UEBERSAX (2021), N 25.

⁸⁷¹ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 97, N 9.

⁸⁷² Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4135 ; Parmi d'autres, ATF 137 I 58, consid. 4.1.2 et 136 II 447, consid. 2.1.

⁸⁷³ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 97, N 27.

preuves est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, en contradiction avec le dossier, ou contraire au sens de la justice et de l'équité ou lorsque l'autorité ne tient pas compte, sans raison sérieuse, d'un élément propre à modifier la décision, se trompe sur le sens et la portée de celui-ci ou, se fondant sur les éléments recueillis, en tire des constatations insoutenables »⁸⁷⁴.

Alternativement à l'état de fait manifestement inexact, le recourant peut invoquer les *faits établis en violation du droit* au sens de l'art. 95 LTF. Sont visées, en particulier, les règles de droit de procédure qui gouvernent l'établissement des faits, soit les dispositions sur le fardeau de la preuve, le droit à la preuve, l'appréciation et l'administration des preuves⁸⁷⁵. Les arguments les plus fréquemment avancés sont ceux relatifs à une violation du droit à la preuve, au droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) ou aux maximes de procédure⁸⁷⁶. 531

Nous pouvons relever que, dès lors que l'établissement des faits de manière manifestement inexacte viole l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), cela constitue également une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (N 530 et 531). La première alternative est donc incluse dans la seconde⁸⁷⁷. 532

La seconde condition cumulative, à savoir *l'influence sur le sort de la cause*, implique que la personne recourante doit rendre vraisemblable que la décision finale aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit⁸⁷⁸. L'exigence d'une influence sur la décision finale doit être considérée comme remplie si une décision différente n'est pas manifestement exclue⁸⁷⁹. Cette double condition a pour but d'éviter les critiques de type appellatoire et un prolongement inutile de la procédure⁸⁸⁰. Le recourant ne peut donc critiquer la violation des faits importants pour le jugement de la cause qu'aux conditions cumulatives de l'art. 97 LTF⁸⁸¹. 533

⁸⁷⁴ ATF 137 I 58, consid. 4.1.2.

⁸⁷⁵ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 97, N 30.

⁸⁷⁶ BSK BGG-SCHOTT MARKUS, Art. 97, N 18 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 97, N 31.

⁸⁷⁷ BSK BGG-SCHOTT MARKUS, Art. 97, N 7.

⁸⁷⁸ BSK BGG-MERZ LAURENT, art. 42, N 53.

⁸⁷⁹ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4136 ; BSK BGG-SCHOTT MARKUS, Art. 97, N 23.

⁸⁸⁰ ATF 136 II 101, consid. 3 ; BSK BGG-SCHOTT MARKUS, Art. 97, N 21.

⁸⁸¹ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 105, N 18.

2. L'étendue du contrôle quant aux faits

- 534 Comme corollaire à l'art. 97 al. 1 LTF, le principe consacré par l'art. 105 al. 1 et 2 LTF définit le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral quant aux faits. Cela explique que ces deux dispositions sont très proches, presque semblables dans leur contenu⁸⁸². L'art. 105 al. 1 LTF, tout comme l'art. 118 al. 1 LTF pour le recours constitutionnel subsidiaire, veut que le Tribunal fédéral *statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente*. Cela signifie qu'il va considérer comme des faits établis ceux que l'autorité précédente a considéré comme suffisamment prouvés et écarter ceux qui n'ont pas été retenus dans la décision querellée parce que considérés comme non pertinents ou insuffisamment prouvés. Les faits sur lesquels se base le Tribunal fédéral ne sont pas uniquement ceux qui se trouvent dans la décision attaquée mais également ceux qui ont été établis par une autorité inférieure et repris (au moins implicitement) dans la décision attaquée⁸⁸³.
- 535 Cependant, il peut *rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente* si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF)⁸⁸⁴. L'art. 118 al. 2 LTF a une formulation similaire et prévoit que le Tribunal fédéral peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis en violation d'un droit constitutionnel (renvoi à l'art. 116 LTF)⁸⁸⁵. Cette faculté ne dispense pas le recourant de son obligation d'allégation et de motivation (N 514), mais elle implique que le Tribunal fédéral n'est jamais obligé de raisonner sur la base de constatations manifestement erronées⁸⁸⁶.
- 536 Le recourant doit expliquer de *manière circonstanciée* en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF sont remplies. Si la motivation est insuffisante, un état de fait divergent ne peut être pris en compte⁸⁸⁷. En effet, « il n'incombe pas au Tribunal fédéral de rechercher dans le dossier si ce dernier pourrait éventuellement contenir une inexactitude dans l'état de fait établi par l'instance précédente. L'art. 105 al. 2 LTF trouve application lorsque le Tribunal fédéral, en examinant les griefs soulevés, constate une inexactitude manifeste dans l'état

⁸⁸² CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 97, N 23.

⁸⁸³ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 105, N 21-22.

⁸⁸⁴ Ces deux possibilités correspondent à celles que nous avons examiné au point précédent relatif aux conditions d'un contrôle des faits ; BSK BGG-DORMANN JOHANNA, Art. 105, N 52.

⁸⁸⁵ MOOR/POLTIER (2011), p. 797.

⁸⁸⁶ BSK BGG-DORMANN JOHANNA, Art. 105, N 65 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 97, N 25-26.

⁸⁸⁷ RHINOW ET AL. (2021), N 1963.

de fait de l'autorité précédente ou lorsque celle-ci saute d'emblée aux yeux »⁸⁸⁸.

Le pouvoir d'examen restreint concernant les faits contient *une exception* pour les prestations en espèce de l'assurance-accident ou de l'assurance-militaire. En effet, dans ce cas-là, le Tribunal fédéral n'est pas lié par l'état de fait établi par l'autorité précédente et peut revoir toute constatation incomplète ou erronée des faits (art. 97 al. 2 et 105 al. 3 LTF)⁸⁸⁹. 537

D. Le contrôle de l'application du droit

1. L'application d'office du droit

L'art. 106 al. 1 LTF énonce le principe selon lequel le Tribunal fédéral *applique le droit d'office*, comme prévu également pour les autres instances de recours (N 466). Ce dernier se doit d'appliquer les dispositions légales pertinentes quand bien même une partie ne les aurait pas alléguées. Sans cela, il faillirait à son rôle d'instance suprême en charge de l'interprétation et de l'application uniforme du droit fédéral (N 528)⁸⁹⁰. 538

Cela ne signifie pas pour autant que le Tribunal fédéral revoit toutes les dispositions légales. En effet, il faut lire l'art. 106 al. 1 LTF en lien avec les art. 95 et 96 LTF où le législateur a énuméré les dispositions qui peuvent être invoquées devant le Tribunal fédéral et délimite également quelles normes ce dernier revoit⁸⁹¹. Pour ce faire, il n'est lié, ni par les arguments invoqués dans le cadre du recours, ni par l'argumentation juridique de l'instance précédente. Il peut donc admettre un recours sur la base d'un motif autre que celui invoqué ou peut le rejeter sur la base d'une argumentation différente de celle de l'instance précédente⁸⁹². 539

En outre, le Tribunal fédéral ne *revoit pas d'office toutes les questions juridiques* qui se posent dans chaque cas d'espèce⁸⁹³. Compte tenu de l'obligation de motiver le recours (art. 42 al. 1 et 2 LTF), il examine en principe uniquement les griefs invoqués dans la mesure où les violations du droit ne sont pas 540

⁸⁸⁸ ATF 133 IV 186, consid. 6.2.

⁸⁸⁹ BOVAY (2015), p. 562.

⁸⁹⁰ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 7.

⁸⁹¹ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 9.

⁸⁹² ATF 133 II 249, consid. 1.4.1 ; BOVAY (2015), p. 619-620 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 26.

⁸⁹³ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 30.

directement manifestes⁸⁹⁴. Dès lors, si le recourant n'invoque pas un seul grief recevable, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière et le principe d'application du droit d'office ne s'applique pas. En effet, il n'est pas tenu d'examiner toutes les questions juridiques qui se posent si elles ne sont plus remises en cause devant lui⁸⁹⁵.

- 541 Si l'art. 106 al. 1 LTF prévoit que le Tribunal fédéral revoit le droit d'office, ce principe est tempéré par l'art. 106 al. 2 LTF qui prévoit des *exigences accrues* lorsqu'il s'agit de la violation des droits fondamentaux ainsi que du droit cantonal et intercantonal. En effet, il ne revoit ces griefs que s'ils ont été précisément soulevés et motivés par le recourant (« *Rügeprinzip* »)⁸⁹⁶. Par exemple, le recourant doit expliquer quel principe constitutionnel est violé et en quoi celui-ci est violé par la décision attaquée⁸⁹⁷. À cet égard, les exigences posées par cet article sont plus étendues que celles qui découlent de l'art. 42 al. 2 LTF⁸⁹⁸.
- 542 On entend par *droits fondamentaux*, tous les droits garantis par la Constitution fédérale, le droit international et les constitutions cantonales⁸⁹⁹. Pour que les exigences de l'art. 106 al. 2 LTF soient atteintes, le recourant doit invoquer le droit fondamental nommément, en indiquant la disposition topique et préciser concrètement en quoi consiste la violation à son égard⁹⁰⁰.
- 543 Pour ce qui a trait à la violation du *droit cantonal et intercantonal*, l'exigence accrue de motivation se justifie par le fait que les juges fédéraux n'ont pas pour tâche de contrôler l'application d'office des normes de droit cantonal. Ceci, d'autant plus que les juges fédéraux ne proviennent pas nécessairement des cantons concernés, il est légitime d'attendre du recourant qu'il décrive précisément la disposition en cause et en quoi l'interprétation adoptée est contraire à son sens et à son but⁹⁰¹.

⁸⁹⁴ ATF 133 II 249, consid. 1.4.1 ; Arrêt du TF 8C_376/2020 du 4 décembre 2020, consid. 2 ; AUBRY GIRARDIN FLORENCE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 42, N 24 ; BOVAY (2015), p. 619-620 ; MEYER/BÜHLER (2008), p. 493-494.

⁸⁹⁵ ATF 135 II 384, consid. 2.2.1 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 30.

⁸⁹⁶ ATF 133 II 249, consid. 1.4.2 ; MEYER/BÜHLER (2008), p. 492 ; RHINOW ET AL. (2014), N 1014.

⁸⁹⁷ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 36.

⁸⁹⁸ CHAIX (2017), N 54 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 32.

⁸⁹⁹ CHAIX (2017), N 53.

⁹⁰⁰ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 33-34 ; CHAIX (2017), N 54.

⁹⁰¹ CHAIX (2017), N 54 et 57.

2. L'étendue du contrôle de la légalité

a. Dans le recours en matière de droit public

Devant le Tribunal fédéral, le recours peut être formé pour un des *motifs prévus par l'art. 95 LTF*, lui-même basé sur l'art. 189 al. 1 Cst. qui énonce les compétences du Tribunal fédéral⁹⁰². Du fait de son rôle d'instance suprême, le Tribunal fédéral surveille principalement que le droit fédéral soit appliqué de manière correcte et uniforme. Son pouvoir d'examen quant aux faits est limité et le contrôle de l'opportunité est exclu de sa compétence⁹⁰³. Son pouvoir d'examen est également limité pour ce qui a trait aux griefs relatifs au droit cantonal. Cela s'explique par des motifs liés au fédéralisme : les cantons jouissent d'une autonomie garantie par la Constitution fédérale (art. 47 Cst.), qui place l'interprétation du droit cantonal dans la sphère de compétence des autorités cantonales⁹⁰⁴. 544

La violation du *droit fédéral* au sens de l'art. 95 let. a LTF inclut toutes les règles de droit émanant d'une autorité de la Confédération, ce qui comprend la violation des droits constitutionnels, les lois et les ordonnances (législatives) des autorités fédérales (Conseil fédéral, Assemblée fédérale, Tribunal fédéral ou Département fédéral)⁹⁰⁵. Ce grief permet donc le contrôle de l'application correcte des normes du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (bien que ce dernier aspect n'y soit plus inscrit explicitement)⁹⁰⁶ ⁹⁰⁷. 545

Le *droit international* (let. b) est mentionné séparément, car il représente une source autonome du droit. À cet égard, le recourant ne peut invoquer que des normes directement applicables (*self-executing*), à savoir celles qui sont suffisamment précises et claires pour fonder une décision concrète⁹⁰⁸. 546

⁹⁰² UEBERSAX (2021), N 26.

⁹⁰³ RHINOW ET AL. (2014), N 1956 et 1961a.

⁹⁰⁴ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4133 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET (2012), p. 689.

⁹⁰⁵ ATF 133 I 201, consid. 1 ; Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4132 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 25.

⁹⁰⁶ ATF 138 II 331, consid. 1.3 et Arrêt du TF 2C_240/2012 du 15 mars 2013, consid. 1.2 (non publié in ATF 139 I 145) ; Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4133 ; BSK BGG-DORMANN JOHANNA, Art. 105, N 30 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 787-788.

⁹⁰⁷ Pour les notions violation d'une règle de droit ainsi que d'excès et d'abus du pouvoir d'appréciation, nous renvoyons au chapitre précédent, point IV. B. et C.

⁹⁰⁸ ATF 119 V 171, consid. 4b ; RHINOW ET AL. (2014), N 1958.

- 547 S'agissant du *droit cantonal (qui comprend le droit communal⁹⁰⁹)*, l'art. 95 LTF prévoit des motifs de recours limités. À cet égard, il faut donc soigneusement distinguer le droit fédéral du droit cantonal⁹¹⁰. Cette distinction repose sur le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, qui relève de l'interprétation de la Constitution fédérale, point que le Tribunal fédéral examine librement⁹¹¹. La mauvaise application du droit cantonal ne peut, en dehors des cas prévus par l'art. 95 let. c à e LTF, être couverte que si la violation équivaut également à une violation d'un autre grief prévu à l'art. 95 LTF et en particulier l'interdiction de l'arbitraire⁹¹². Cependant, selon CHAIX, les chances de succès du grief de violation arbitraire du droit cantonal sont très limitées⁹¹³. Selon lui, le recourant a tout intérêt à rattacher son grief relatif au droit cantonal à un autre droit, tel que la garantie de l'autonomie communale⁹¹⁴, le principe de la légalité en lien avec la restriction d'un droit fondamental⁹¹⁵ ou les garanties de procédure (par exemple, l'interdiction du formalisme excessif ou du déni de justice)⁹¹⁶.
- 548 Le Tribunal fédéral revoit la violation des *droits constitutionnels cantonaux* (let. c). Cette notion ne comprend pas l'ensemble des dispositions constitutionnelles, mais seulement les droits fondamentaux qui garantissent des droits individuels aux citoyens et sont donc directement applicables⁹¹⁷. En outre, cette notion inclut aussi les garanties que les constitutions cantonales accordent aux communes ou à d'autres corporations de droit public⁹¹⁸.
- 549 Lorsqu'un acte cantonal en matière de *droits politiques* est attaqué, la let. d permet de faire valoir la violation de n'importe quelle règle cantonale – constitutionnelle, législative ou réglementaire – qui est en rapport étroit avec la capacité électorale ou avec l'exercice des droits politiques (art. 189, al. 1, let. f, Cst.)⁹¹⁹.

⁹⁰⁹ En droit public, la matière peut aussi être gérée par le droit communal, lorsque cela entre dans les compétences de ces collectivités-là, cf. CHAIX (2017), N 59.

⁹¹⁰ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 106, N 12.

⁹¹¹ CHAIX (2017), N 61.

⁹¹² Arrêt du TF 8C_320/2020 du 6 août 2020, consid. 2.1 et 2C_342/2019 du 11 octobre 2019, consid. 5.1.

⁹¹³ CHAIX (2017), N 66.

⁹¹⁴ CHAIX (2017), N 67-68.

⁹¹⁵ CHAIX (2017), N 69-70.

⁹¹⁶ CHAIX (2017), N 74-76.

⁹¹⁷ ATF 136 I 241, consid. 2.2 ; BOVAY (2015), p. 563.

⁹¹⁸ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 34.

⁹¹⁹ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 35.

La let. e ouvre finalement le recours au Tribunal fédéral pour violation du *droit intercantonal*, ce qui comprend les concordats et l'ensemble des accords intercantonaux. Cependant, l'invocation d'une telle disposition ne devrait être possible que si la disposition accorde des droits au particulier⁹²⁰. 550

Enfin, comme nous le verrons de manière détaillée dans le chapitre 4 de cette partie, le Tribunal fédéral s'impose une certaine *retenue* lorsqu'il s'agit de revoir des décisions relevant du pouvoir d'appréciation et en particulier les notions juridiques indéterminées. Tel est en particulier le cas lorsque le point litigieux est lié à des connaissances techniques ou à l'appréciation de circonstances locales⁹²¹. 551

b. Dans le recours constitutionnel subsidiaire

Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dans le recours constitutionnel subsidiaire est plus restreint encore que dans celui en matière de droit public. En effet, le Tribunal fédéral ne peut revoir que la violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). Cela implique les droits fondamentaux de rang constitutionnel ou international (CEDH, Pacte ONU II⁹²²)⁹²³. En outre, ces derniers doivent avoir été précisément invoqués et motivés par le recourant car le Tribunal fédéral n'applique pas le droit d'office dans le recours constitutionnel subsidiaire⁹²⁴. 552

Cependant, la définition de la *qualité pour recourir* de l'art. 115 LTF, à savoir le fait que le recourant puisse se prévaloir d'un intérêt juridique protégé, entraîne une restriction supplémentaire quant aux droits pouvant être invoqués⁹²⁵. En effet, il est limité aux droits dont il est personnellement titulaire et dans le champ d'application desquels rentre le préjudice qu'il subit. Cette restriction a une portée, en particulier en lien avec l'invocation du grief de l'arbitraire qui ne confère pas à lui seul un intérêt juridique protégé au sens de l'art. 115 let. b LTF⁹²⁶. Dans ce cas-ci, le recourant doit, en outre, pouvoir se 553

⁹²⁰ MAHON (2014), N 315.

⁹²¹ BOVAY (2015), p. 564 ; CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 95, N 42.

⁹²² Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2.

⁹²³ FRÉSARD JEAN-MAURICE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 116, N 3 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 792.

⁹²⁴ BOVAY (2015), p. 458 ; MEYER/BÜHLER (2008), p. 492 .

⁹²⁵ FRÉSARD JEAN-MAURICE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 115, N 4.

⁹²⁶ MOOR/POLTIER (2011), p. 792

prévaloir d'une situation juridique protégée par la loi ou un droit fondamental spécifique⁹²⁷.

E. L'(absence de) contrôle de l'opportunité

554 Si certaines instances de recours comme le Tribunal administratif fédéral peuvent revoir l'opportunité, ce n'est pas le cas du Tribunal fédéral⁹²⁸. En effet, son contrôle se concentre principalement sur l'application du droit (N 544) et, de manière plus limitée, sur l'établissement des faits (N 528).

555 Cependant, si tel est le cas actuellement, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, sous l'égide de l'OJ, il y a eu une période où le Tribunal fédéral pouvait revoir l'opportunité. Comme nous l'avons vu dans la première partie de ce travail, ce contrôle a été introduit dans les années 1960 suite à l'affaire des « Mirages » (N 95 et 97). Il a ensuite été progressivement restreint et est supprimé dans la LTF. La raison invoquée est qu'il n'appartient pas à une juridiction suprême de se prononcer sur l'opportunité d'actes administratifs (N 100).

IV. La marge de manœuvre des instances internationales

556 Après quelques généralités (point A.), nous abordons la marge de manœuvre de la CourEDH (point B.) et celle des Comités de l'ONU (point C.).

A. Quelques généralités

557 Après avoir traité de la marge de manœuvre des autorités de recours nationales, nous examinons les instances de recours au niveau international. Ce choix d'aborder aussi la marge de manœuvre d'autorités internationales s'inscrit dans la continuité de notre thème, à savoir la marge de manœuvre dans le processus décisionnel, en constituant le dernier échelon auprès duquel les particuliers peuvent se plaindre d'une violation d'un droit protégé par l'une ou l'autre de ces Conventions internationales. Nous traitons ici d'une part, du pouvoir d'examen de la CourEDH et, d'autre part, du pouvoir d'examen des Comités de l'ONU.

⁹²⁷ ATF 133 I 185, consid. 6 ; FRÉSARD JEAN-MAURICE, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 115, N 8.

⁹²⁸ Art. 95-97 LTF *a contrario* ; TANQUEREL (2018), N 1388.

La jurisprudence de ces instances est particulièrement importante pour le développement des droits humains en général mais aussi, de manière plus spécifique, pour le droit des personnes étrangères et en particulier le domaine de l'asile. En outre, les jugements de la CourEDH, qui sont contraignants pour la Suisse, peuvent avoir des répercussions directes sur l'étendue des droits protégés et la législation⁹²⁹. 558

Les points abordés dans les prochains paragraphes ne suivent pas la même structure que ceux des autorités de recours nationales (cf. *supra* points II. et III.). En effet, le texte est adapté aux spécificités de ces instances. Pour la CourEDH, nous abordons en particulier les différents principes développés en lien avec l'exercice de son pouvoir d'examen. 559

B. La marge de manœuvre de la CourEDH

1. Le contexte de la problématique

La *protection des droits garantis par la CEDH et ses protocoles* s'effectue, dans une première phase, en vertu du principe de la subsidiarité, auprès des autorités judiciaires nationales suisses. Dans une deuxième phase, si la personne n'obtient pas gain de cause, elle peut déposer, à certaines conditions, une requête individuelle auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)⁹³⁰. Enfin, dans une troisième phase, la personne qui obtient gain de cause, pourra déposer une demande de révision auprès du Tribunal fédéral⁹³¹ ou du Tribunal administratif fédéral⁹³² qui devra définir les conséquences de l'arrêt de la CourEDH⁹³³. 560

La procédure à suivre devant cette instance est régie par des règles et une logique qui lui sont propres, du fait notamment de son positionnement en tant que juridiction internationale. En effet, cette dernière n'est *pas une instance d'appel ou une troisième ou quatrième instance de recours* « mais doit s'en tenir au contrôle des engagements des Etats dans la protection des droits fondamentaux, sans aller au-delà des compétences qui lui ont été souverainement conférées »⁹³⁴. C'est pourquoi nous consacrons un chapitre particulier au 561

⁹²⁹ Cf. par exemple, CourEDH, *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, requête n°14065/15.

⁹³⁰ Les conditions sont prévues par l'art. 34 CEDH.

⁹³¹ Cette possibilité est prévue par l'art. 122 LTF.

⁹³² L'art. 122 LTF s'applique par analogie devant le Tribunal administratif fédéral, par renvoi de l'art. 45 LTAF.

⁹³³ MALINVERNI ET AL. (2021), N 2396.

⁹³⁴ ANDOUY (2015), p. 212.

pouvoir d'examen de la CourEDH, dans lequel nous allons déterminer quelle est l'étendue du contrôle que peut exercer la CourEDH sur les actes des Etats ayant accepté sa juridiction⁹³⁵.

- 562 Selon l'art. 32 CEDH, la Cour est *compétente* pour toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles. Cependant, cette compétence est subsidiaire par rapport à celle des autorités nationales. En effet, la compétence de faire respecter les droits et libertés garantis par la Convention dans l'ordre juridique interne revient premièrement aux Etats contractants et la CourEDH ne peut et ne devrait intervenir que si les autorités nationales échouent dans cette tâche (cf. N 560). En outre, cela ressort également d'une des conditions de recevabilité de la requête qui veut que cette dernière ne puisse être déposée devant la CourEDH qu'après épuisement des voies internes de recours (art. 35 par. 1 CEDH). La CourEDH n'intervient donc qu'en dernier recours afin d'offrir une protection juridique aux personnes dont les droits et libertés n'ont pas été reconnus au niveau national⁹³⁶.
- 563 Ce principe de *subsidiarité* ainsi que son expression à travers celui de la *marge nationale d'appréciation* sont centraux dans la mise en œuvre de la Convention et du bon fonctionnement de la CourEDH. Ils ne sont pourtant pas présents dans le texte même de la Convention, ni dans les travaux préparatoires, mais ont été introduits par la jurisprudence de la Cour⁹³⁷ et leur importance se voit renforcée par une mention expresse dans le Protocole n°15⁹³⁸ qui veut que ces principes soient ancrés dans le Préambule de la Convention⁹³⁹. Cette cristallisation – les principes ne découlent à présent plus seulement de la jurisprudence mais directement de la Convention – dans le Protocole n°15 implique que les Etats parties jouissent d'un *droit* de recourir au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation⁹⁴⁰.
- 564 Cependant, si dans certaines affaires la CourEDH s'impose une retenue, dans d'autres affaires, elle fait également preuve d'une *interprétation créatrice* en rendant un jugement qui apporte un nouveau développement à la norme. La faible densité normative des articles de la CEDH laisse une marge de

⁹³⁵ MALINVERNI (1984), p. 199.

⁹³⁶ ANDOUY (2015), p. 420.

⁹³⁷ GREER (2000), p. 5.

⁹³⁸ Protocole n°15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Traité n°213, détails disponibles sur : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213> (consulté le 10 avril 2022).

⁹³⁹ Ce protocole n'entrera en vigueur qu'une fois que tous les Etats membres l'auront ratifié (art. 7 Protocole n°15) ; chose faite le 21 avril 2021 avec la ratification par l'Italie. Ce dernier est ainsi entré en vigueur le 1^{er} août 2021.

⁹⁴⁰ CASSESE (2015), p. 14 ; CAYON-DE LAS CUEVAS (2019), p. 403.

manœuvre à la Cour pour juguler son pouvoir d'examen entre ces deux extrêmes⁹⁴¹.

2. Le pouvoir d'examen de la CourEDH dans l'examen d'une requête individuelle

Lors de l'introduction d'une requête individuelle au sens de l'art. 34 CEDH, la CourEDH va d'abord commencer par examiner si la série de conditions permettant la recevabilité de la requête est remplie (art. 35 CEDH)⁹⁴². Si la requête est déclarée recevable, elle va encourager les parties à trouver un règlement amiable⁹⁴³. En cas d'échec du règlement amiable, la CourEDH va examiner la requête sur le fond, à savoir qu'elle va déterminer si une disposition de la Convention a été violée ou non. Pour ce faire, elle procède à un examen de la compatibilité des faits et du droit de la cause avec les droits garantis par la Convention et ses protocoles. Les arrêts rendus par la CourEDH sont de nature déclaratoire et non pas cassatoire. En effet, celle-ci n'a pas le pouvoir d'abroger une loi ou d'annuler une décision, mais seulement de dire si, dans le cas d'espèce, la CEDH est respectée ou violée⁹⁴⁴. Enfin, les arrêts rendus sont obligatoires pour les Etats parties (art. 46 par. 1 CEDH)⁹⁴⁵.

565

Comme la Cour l'affirme dans l'arrêt *Kemmache c. France*, « il n'appartient pas à la Cour d'apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre, sous réserve de l'examen de compatibilité avec les dispositions de la Convention. Sinon, elle s'érigerait en juge de troisième ou quatrième instance et elle méconnaîtrait les limites de sa mission »⁹⁴⁶. C'est donc en principe aux juridictions nationales qu'il revient d'apprécier les faits et d'interpréter le droit interne, sous réserve de signes d'application arbitraire pouvant révéler un déni de justice ou un abus manifeste⁹⁴⁷.

566

⁹⁴¹ YILDIZ (2020), p. 75.

⁹⁴² Cf. art. 47 Règlement de la Cour qui détaille le contenu d'une requête individuelle, disponible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf ; MALINVERNI ET AL. (2021), N 2425ss.

⁹⁴³ Art. 39 CEDH et 62 Règlement de la Cour.

⁹⁴⁴ MALINVERNI ET AL. (2021), N 2445.

⁹⁴⁵ MALINVERNI ET AL. (2021), N 2446.

⁹⁴⁶ CourEDH, *Kemmache c. France* du 24 novembre 1994, requête n° 17621/91, par. 44.

⁹⁴⁷ CourEDH, *Pacifico c. Italie* du 20 novembre 2012, requête n° 179995/08, par. 62 et *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4 mars 2014, requêtes n° 18640/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, par. 158 ; ANDOUY (2015), p. 213.

- 567 Comme cela ressort de la lecture du paragraphe précédent, la CourEDH s'impose une certaine *retenue* lors de son examen des requêtes individuelles. Plus particulièrement, la Cour limite son contrôle lorsque l'application de la Convention requiert une pesée des intérêts ou une appréciation de la nécessité de la mesure comme c'est le cas pour les restrictions aux droits prévus au paragraphe 2 des art. 8-11 et à l'art. 15 CEDH⁹⁴⁸. L'objet de la marge d'appréciation laissée aux Etats est donc double.
- 568 D'une part, il porte sur l'appréciation des faits. Les autorités disposent d'une certaine marge pour apprécier une situation donnée et décider si elle est susceptible de tomber sous le coup de l'une des clauses restrictives de la Convention. Cela est particulièrement délicat lorsqu'il s'agit d'apprécier une situation politiquement controversée qui pourrait déboucher sur deux solutions différentes mais autant défendables l'une que l'autre, comme c'est le cas pour certaines questions où il n'existe *pas de consensus au niveau européen* (par exemple, symboles religieux, euthanasie, procréation médicalement assistée)⁹⁴⁹. D'autre part, les autorités étatiques disposent d'une certaine marge dans le choix des mesures à adopter afin de retenir celle qui paraît la plus appropriée (examen de la proportionnalité)⁹⁵⁰.
- 569 La présence ou l'absence de consensus ou « dénominateur commun » entre les Etats membres du Conseil de l'Europe est un *indicateur déterminant de l'étendue de la marge d'appréciation* laissée aux Etats⁹⁵¹. Le terme de consensus n'est cependant pas clairement défini dans la jurisprudence de la Cour, mais il semblerait qu'il faille atteindre une solution comparable dans plus de la moitié des Etats examinés pour considérer la présence d'un consensus ou, au moins, l'émergence d'un consensus⁹⁵². La manière dont est opérée l'étude de droit comparé, à savoir le nombre d'Etats ainsi que la diversité des Etats sous revue semble également varier d'une affaire à l'autre⁹⁵³ ; la CourEDH faisant même parfois référence à des développements légaux hors Europe⁹⁵⁴.
- 570 Dès lors, si la solution retenue par l'Etat défendeur diffère du consensus, sa marge d'appréciation se voit restreinte alors que si, au contraire, elle concorde avec le consensus, la marge d'appréciation de l'Etat se verra confortée⁹⁵⁵.

⁹⁴⁸ Conseil fédéral, Message concernant la ratification du protocole n°15 portant amendement à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), FF 2015 2137, 2142.

⁹⁴⁹ FÜGLISTALER (2016), p. 14 ; NUSSBERGER (2020), p. 84-85 ; YILDIZ (2020), p. 86.

⁹⁵⁰ MALINVERNI (1984), p. 204.

⁹⁵¹ BESSON /GRAF-BRUGÈRE (2014), p. 942 ; SUDRE (2019), p. 223.

⁹⁵² NUSSBERGER (2020), p.84.

⁹⁵³ BESSON /GRAF-BRUGÈRE (2014), p. 942 ; NUSSBERGER (2020), p. 85-87.

⁹⁵⁴ NUSSBERGER (2020), p. 85.

⁹⁵⁵ BESSON /GRAF-BRUGÈRE (2014), p. 942-943 ; SUDRE (2019), p. 223.

Enfin, en l'absence de consensus, la marge d'appréciation de l'Etat est plus large et la CourEDH s'imposera une certaine retenue⁹⁵⁶.

3. Le principe de subsidiarité et de la marge d'appréciation nationale

Les principes de subsidiarité et celui de la marge d'appréciation des Etats (N 563) sont liés, mais doivent être *différenciés*. Premièrement, ils ne sont pas interchangeables car la marge d'appréciation n'est pas applicable à tous les articles, à tout le moins pas dans la même mesure. En effet, les dispositions absolues telles que les art. 2 et 3 CEDH ne laissent que peu de place à l'exercice de la marge d'appréciation nationale alors que le principe de subsidiarité leur est pleinement applicable. Deuxièmement, ils n'interviennent pas au même moment. Le principe de subsidiarité intervient tant en amont par le biais de l'épuisement des voies de recours internes qu'en aval par le caractère secondaire de la satisfaction équitable (cf. art. 43 CEDH) justifiant une action nationale prioritaire alors que la marge d'appréciation intervient *a posteriori* pour limiter l'étendue du contrôle exercé par les juges européens⁹⁵⁷. 571

Les Etats Parties disposent d'une *marge d'appréciation* dans l'application de la Convention, qui varie en fonction des circonstances de l'affaire ainsi que des droits et libertés en cause. En effet, alors que les droits absolus ne laissent aucune marge aux autorités nationales, certains autres droits – comme ceux garantis par les articles 8 à 11 CEDH (N 567) – permettent, à certaines conditions, des ingérences de la part des Etats. Il existe également une marge pour les obligations positives puisque la Convention n'impose aux Etats aucune obligation précise d'agir⁹⁵⁸. 572

Cette marge d'appréciation est reconnue aux Etats car les autorités nationales sont, en principe, mieux à même que la CourEDH d'évaluer les particularités et les enjeux locaux. Cette dernière se contente donc d'examiner si les décisions rendues par les autorités nationales sont *compatibles avec la CEDH, eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les Etats*⁹⁵⁹. En effet, comme 573

⁹⁵⁶ CourEDH, *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, par. 77-82 ; Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2008, p. 11.

⁹⁵⁷ ANDOUY (2015), p. 206-207 ; SZYMCZAK (2015), p. 30.

⁹⁵⁸ LEMMENS (2015), p. 36.

⁹⁵⁹ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif concernant le Protocole n°15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STCE n°213), p. 2 ; Conseil fédéral, Message concernant la ratification du protocole n°15 portant amendement à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), FF 2015 2137, 2142.

l'a dit le juge Bernhardt dans son opinion dissidente dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni* : « il est dans la nature de la marge nationale d'appréciation qu'en présence d'opinions différentes, le juge international n'intervienne que si la décision interne n'a pas de justification raisonnable »⁹⁶⁰.

- 574 En procédant de la sorte, la CourEDH s'impose *une certaine retenue* afin de prendre en considération les particularités nationales et entérine ainsi la marge d'appréciation des Etats membres dans la réalisation et la protection des droits de la Convention⁹⁶¹. Cette dernière dispose donc d'une grande autonomie dans la détermination de la marge de manœuvre qui doit être laissée à l'Etat⁹⁶². Cependant, en procédant de la sorte, elle laisse non seulement une marge de manœuvre à l'Etat mais cette approche part également du principe que l'Etat a un rôle premier pour faire respecter les droits humains⁹⁶³.
- 575 En pratique, il s'agit pour la CourEDH de trouver le bon *équilibre* entre d'une part, la marge qu'elle laisse à l'Etat pour lui permettre de tenir compte des spécificités qui lui sont propres et ainsi de sauvegarder un certain pluralisme juridique et d'autre part, le contrôle minimal à exercer afin de garantir l'exercice harmonieux⁹⁶⁴ et (surtout) effectif des droits et liberté garantis par la Convention⁹⁶⁵.
- 576 Après l'énoncé de ce cadre, nous constatons que la définition de l'étendue du pouvoir d'examen de la CourEDH s'avère ardue, car l'approche de cette dernière est éminemment casuistique et évolutive.

4. Le principe d'effectivité des droits comme contre poids au principe de subsidiarité

- 577 Même si la CourEDH proclame la subsidiarité de son contrôle par rapport à celui des instances nationales, elle se doit néanmoins de *garantir l'effectivité des droits* prévus par la Convention, sous peine de vider de toute substance le rôle qui lui a été attribué. Le principe d'effectivité, également d'origine jurisprudentielle, est énoncé en ces termes dans un arrêt de 1979 « [l]a Convention

⁹⁶⁰ CourEDH, *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, requête n° 17419/490 ; MACKAY (2000), p. 841.

⁹⁶¹ HANGARTNER (2011), p. 173-174.

⁹⁶² HANGARTNER (2011), p. 176.

⁹⁶³ YILDIZ (2020), p. 76.

⁹⁶⁴ Dans la mesure de son caractère subsidiaire vis-à-vis du droit national, la CEDH ne poursuit pas un objectif d'uniformisation mais d'harmonisation des droits, cf. ANDOUY (2015), p. 202 et 223.

⁹⁶⁵ ANDOUY (2015), p. 194ss et 555.

a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁹⁶⁶.

Afin de permettre l'effectivité de ces droits, les Etats sont parfois tenus d'adopter des « mesures positives » et ne peuvent se contenter d'un comportement passif⁹⁶⁷. En outre, cette exigence d'effectivité pousse la CourEDH à adopter une *interprétation dynamique et évolutive* de la Convention. Dans cette démarche, elle favorise une interprétation téléologique des dispositions, ce qui lui permet de prendre en compte au mieux le but de protection des droits de l'homme recherché par la Convention. Si la Cour se doit d'être attentive à la prévisibilité et à la sécurité du droit, elle se doit également d'interpréter les dispositions « à la lumière des conditions d'aujourd'hui »⁹⁶⁸. Si elle ne maintenait pas cette approche dynamique et évolutive, cela risquerait de l'empêcher de procéder à certaines réformes et améliorations⁹⁶⁹.

578

Dans cette lignée, la CourEDH a développé ce qui est qualifié de « notions autonomes » qui lui permettent de maintenir l'uniformité nécessaire à l'interprétation de la Convention. Les dispositions de la Convention se composant de termes au caractère plus ou moins vague qui recouvrent une réalité différente en fonction du droit national concerné, il s'agit de détacher les notions de leur contexte juridique national pour leur fournir un sens « européen »⁹⁷⁰.

579

Par le truchement des obligations positives et du développement de notions autonomes, il est constaté que le principe d'effectivité pousse « la Cour à dépasser les limites conventionnelles, à faire preuve d'audace et de courage afin d'offrir aux justiciables une lecture protectrice, évolutive, parfois même constructive de la Convention »⁹⁷¹. Cette interprétation extensive des droits est parfois qualifiée « d'activisme judiciaire » de la CourEDH. Cependant, ce terme véhicule plutôt une connotation négative puisqu'il est employé par les Etats pour montrer leur désaccord avec un jugement particulier⁹⁷².

580

Par sa fonction, le principe d'effectivité s'oppose donc au principe de subsidiarité. En effet, ce dernier vise plutôt à protéger les intérêts étatiques, le pluralisme et l'autonomie nationale alors que le principe d'effectivité vise à protéger les intérêts des individus et participe au développement des garanties individuelles⁹⁷³. Dès lors, la CourEDH est confrontée à la difficulté de trouver

581

⁹⁶⁶ CourEDH, Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, requête n° 6289/73, par. 24.

⁹⁶⁷ SUDRE (2019), p. 245.

⁹⁶⁸ CourEDH, Stafford c. Royaume-Uni du 28 mai 2002, requête n° 46295/99, par. 69.

⁹⁶⁹ CourEDH, Stafford c. Royaume-Uni du 28 mai 2002, requête n° 46295/99, par. 68-69.

⁹⁷⁰ SUDRE (2019), p. 241-242.

⁹⁷¹ ANDOUY (2015), p. 557.

⁹⁷² NACHEV (2019), p. 134.

⁹⁷³ ANDOUY (2015), p. 558-559.

le *juste équilibre* entre ces deux principes, en précisant qu'elle dispose d'une grande marge lui permettant de balancer tantôt vers une grande retenue, tantôt vers un contrôle extensif.

5. Le développement de ces principes dans la jurisprudence de la CourEDH

582 Comme nous l'avons vu, ni le principe de subsidiarité ni la marge d'appréciation ne sont mentionnés dans la Convention ou ses protocoles additionnels. Ils apparaissent pourtant assez tôt dans la jurisprudence de la Commission et de la CourEDH, d'abord de manière implicite et sont ensuite explicitement et abondamment développés. Ce chapitre n'a pas pour ambition de faire un compte rendu exhaustif en lien avec cette thématique mais d'en retracer les premiers développements.

583 Le premier usage implicite du principe de la marge d'appréciation a été fait dans une affaire de 1956 opposant la Grèce au Royaume-Uni sur la question de l'application de la Convention à l'île de Chypre et en particulier son art. 15 CEDH⁹⁷⁴. En effet, c'est dans le cadre de l'application de cet article qu'émerge la notion de la marge d'appréciation⁹⁷⁵. Cet article prévoit qu' « [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Dans ce cadre, la Commission a estimé qu'elle était compétente pour s'exprimer quant à l'existence d'un danger public ainsi que sur le point de savoir si les mesures prises par une partie en vertu de l'art. 15 l'ont été dans la stricte mesure exigée par la situation. Elle précise ensuite que « le Gouvernement doit pouvoir conserver une certaine marge d'appréciation quant à la stricte mesure exigée par la situation »⁹⁷⁶. Cependant, la question n'a finalement pas été tranchée puisque le litige a trouvé entre-temps une solution politique⁹⁷⁷.

584 Plus on avance dans le temps et plus les références à la doctrine de la marge d'appréciation et au principe de subsidiarité se multiplient, sans pour autant qu'ils soient tout de suite qualifiés explicitement en tant que principes. Dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni* de 1976 portant sur la possible ingérence

⁹⁷⁴ CommEDH, Grèce c. Royaume-Uni, 1958-59, volume 2, pp. 172-197, requête n° 176/56.

⁹⁷⁵ CAYON-DE LAS CUEVAS (2019), p. 400 ; SUDRE (2019), p. 218.

⁹⁷⁶ CommEDH, Grèce c. Royaume-Uni, 1958-59, volume 2, pp. 172-197, requête n° 176/56, p. 177.

⁹⁷⁷ GREER (2000), p. 44.

à la liberté d'expression garantie par l'art. 10, la Cour relève en premier lieu le *caractère subsidiaire du mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention* par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme. En effet, cette dernière doit prendre en compte les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui répond de la mesure contestée. Pour ce faire, « elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention »⁹⁷⁸.

La première référence explicite de la CourEDH à la doctrine de la marge d'appréciation a été faite dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* également dans le cadre d'une dérogation à l'art. 15 CEDH⁹⁷⁹. Il s'agit de replacer cette affaire dans le contexte irlandais des années 70 où les actes terroristes indépendantistes de l'IRA faisaient rage. Dans sa lutte contre cette organisation, le Royaume-Uni adopte plusieurs décrets, dont un qui permet l'emprisonnement extrajudiciaire. Dans sa défense devant la CourEDH, ce dernier justifie ce décret par la possibilité de dérogation prévue à l'art. 15 CEDH. Dans un paragraphe dédié à son rôle, la CourEDH précise alors qu'il incombe à chaque Etat contractant de déterminer si un « danger public » le menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. « En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'art. 15 par. 1 leur laisse en la matière *une large marge d'appréciation* ». Cependant, « les Etats ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine (...) et la Cour a la compétence de décider s'ils ont excédé la « stricte mesure » des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen »⁹⁸⁰. En l'espèce, la CourEDH estime que le Royaume-Uni n'a pas excédé sa marge d'appréciation.

585

⁹⁷⁸ CourEDH, « Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (au principal) du 23 juillet 1968, requêtes n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, par. 10 et *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, requête n°5493/72, par. 48.

⁹⁷⁹ CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, requête n° 5310/71 ; FÜGLISTALER (2016), p. 15.

⁹⁸⁰ CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, requête n° 5310/71, par. 207, mise en italique rajoutée par nous.

- 586 Après les premières mentions de ces principes en lien avec l’art. 15 CEDH, c’est principalement en lien avec les garanties personnelles prévues aux articles 8 à 11 CEDH que le principe de subsidiarité et la doctrine de la marge nationale d’appréciation ont été développés⁹⁸¹.
- 587 Toujours dans l’affaire *Handyside* précitée, la Cour relève que l’art. 10 par. 2 CEDH – tout comme les art. 8, 9 et 11 par. 2 – réserve *une marge d’appréciation* aux Etats contractants. Cette marge est accordée à la fois au législateur national et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur. Cependant, ce pouvoir d’appréciation n’est pas illimité et la Cour a compétence pour statuer dans un arrêt définitif sur le point de savoir si une restriction ou une sanction se concilie avec la liberté en cause. « La marge nationale d’appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa « nécessité ». Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l’appliquant, même quand elle émane d’une juridiction indépendante ». En l’espèce, la notion de « morale » est explicitement discutée et la Cour relève que ce n’est pas une notion uniforme au niveau européen mais qu’au contraire elle varie dans le temps et l’espace, ce qui implique que les autorités de l’Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de cette notion. Il n’y a donc pas de consensus européen quant à ce que comprend la « morale »⁹⁸².
- 588 Dans sa jurisprudence, la Cour insiste, en outre, sur le fait que la marge d’appréciation n’a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit. Si le but poursuivi est déterminé et abordé de manière semblable d’un Etat à l’autre, la marge d’appréciation s’en voit restreinte et le contrôle de la Cour plus étendu⁹⁸³. En plus du but, elle dépend aussi de la nature du droit ou des activités en jeu. Par exemple, dans l’affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* où le litige porte sur une ingérence à la vie privée du requérant au sens de l’art. 8 par. 2 CEDH et cela à cause de son orientation sexuelle, les droits touchés ont trait à « un aspect des plus intime de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l’art. 8, des ingérences des pouvoirs publics »⁹⁸⁴. Dans cet arrêt, la CourEDH pose les contours de l’étendue de la marge

⁹⁸¹ CAYON-DE LAS CUEVAS (2019), p. 400 ; Pour un développement plus complet de la jurisprudence relative, voir la thèse de HOWARD CHARLES YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haye, Boston, Londres 1996.

⁹⁸² CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, requête n°5493/72, par. 49.

⁹⁸³ CourEDH *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, requête n° 6538/74, par. 59.

⁹⁸⁴ CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, requête n°7525/76, par. 52 ; CourEDH *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, requête n° 6538/74, par. 59.

d'appréciation des Etats et souligne, à cet égard, que *plus l'atteinte touche à la sphère d'intimité de l'individu et plus le contrôle de la Cour est strict*⁹⁸⁵.

Si l'on prend l'exemple plus récent de l'affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie mettant en jeu une ingérence à l'art. 11 CEDH, la Cour déclare que les exceptions visées audit article – en l'espèce, à l'égard des partis politiques – sont soumises à une interprétation stricte et que seules des raisons convaincantes et impératives peuvent justifier une restriction. « Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'art. 11 par. 2, les Etats contractants ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante »⁹⁸⁶. C'est également dans cette même affaire que la Cour identifie la subsidiarité en tant que principe : « La convention vient renforcer, conformément *au principe de subsidiarité*, la protection qui en est offerte au niveau national, sans jamais lui imposer de limite »⁹⁸⁷.

De la combinaison des principes de subsidiarité et de la marge d'appréciation, la CourEDH déduit qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de contrôler sous l'angle de l'article incriminé les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Cependant, « il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable. Même un Etat contractant qui agit de la sorte reste soumis au contrôle de la Cour quant à la compatibilité de son comportement avec les engagements résultant pour lui de la Convention »⁹⁸⁸.

Dès lors, la Cour considère « l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » »⁹⁸⁹. Cela implique, que la marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et les décisions qui l'appliquent. À cet égard, la CourEDH a compétence pour

⁹⁸⁵ SUDRE (2019), p. 221.

⁹⁸⁶ CourEDH, Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie du 30 janvier 1998, requête n° 133/1996/752/951, par. 46.

⁹⁸⁷ CourEDH, Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie du 30 janvier 1998, requête n° 133/1996/752/951, par. 28, mise en italique rajoutée par nous ; ANDOUY (2015), p. 76.

⁹⁸⁸ CourEDH, Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, requête n° 5493/72, par. 50.

⁹⁸⁹ CourEDH, Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie du 30 janvier 1998, requête n° 133/1996/752/951, par. 47.

statuer en dernier lieu sur le point de savoir si la mesure prise est compatible avec la Convention⁹⁹⁰.

6. Des remarques conclusives sur le pouvoir d'examen de la CourEDH

- 592 Du fait de sa place en tant qu'instance internationale, le contrôle de la CourEDH n'intervient que comme *ultima ratio*. Ce rôle subsidiaire façonne les modalités et l'étendue de son contrôle. Ce n'est donc généralement pas la CourEDH qui établit les faits et le droit. Elle se contente d'examiner leur compatibilité avec les dispositions de la CEDH et de ses protocoles.
- 593 Suivant les cas, la CourEDH s'impose une certaine *retenue* qui se traduit dans les principes jurisprudentiels de subsidiarité et de marge nationale d'appréciation. Dans d'autres cas, la Cour va faire preuve de la *tendance inverse* en proposant une interprétation évolutive, voire extensive des dispositions (« activisme judiciaire » ; N 580). Ces principes sont apparus relativement tôt dans la jurisprudence de la Commission et de la CourEDH d'abord dans des cas relatifs à l'application de l'art. 15, puis aux art. 8 à 11 CEDH. À travers les quelques arrêts passés sous revue (N 582ss), nous avons pu nous rendre compte de l'approche casuistique et évolutive adoptée par la CourEDH à leurs égards.
- 594 Cette approche casuistique met en avant le fait que la CourEDH fait preuve d'une constante *recherche d'un équilibre* entre, d'une part, la garantie de l'exercice effectif des droits des individus et, d'autre part, de ne pas outrepasser les compétences qui lui ont été accordées par les Etats contractants, par la garantie d'une certaine marge d'appréciation et d'un pluralisme juridique. Cela a comme effet secondaire d'induire des incertitudes sur l'issue que la Cour va donner au litige et donc une certaine imprévisibilité du droit⁹⁹¹.
- 595 Enfin, tant une interprétation extensive qu'une grande retenue peuvent s'avérer problématiques s'ils sont poussés à leur extrême. Dès lors, au vu des grandes responsabilités portées par la CourEDH et sa place en tant que dernière instance, il est important que cette dernière, pour éviter certaines critiques, motive ses décisions de manière approfondie⁹⁹².

⁹⁹⁰ CourEDH, Hasanbasic c. Suisse du 11 juin 2013, requête n° 52166/09, par 56 ; Kissiwa Koffi c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 64 ; Shala Isak c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n°52873/09, par. 47 et Gezginci Cevdet c. Suisse du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, par. 63.

⁹⁹¹ CAYON-DE LAS CUEVAS (2019), p. 409.

⁹⁹² Dans ce sens, NACHEV (2019), p. 135.

C. La marge de manœuvre des Comités de l'ONU

1. Le contexte de la problématique

Au niveau international, il existe plusieurs Conventions de l'ONU qui garantissent, de manière sectorielle, certains droits humains spécifiques. Elles ont été élaborées par l'ONU dans un objectif de protection de la personne humaine en tant de paix, comme en tant que guerre. Elles sont contraignantes pour les Etats les ayant ratifiées⁹⁹³. 596

Chaque Convention de l'ONU institue un Comité – composé d'experts indépendants du monde entier (et non de juges) – qui surveille l'application de la Convention par les Etats parties et les *communications individuelles*⁹⁹⁴. Celles-ci sont des requêtes individuelles déposées par des particuliers pour se plaindre d'une violation d'un droit garanti par la Convention par un Etat parti⁹⁹⁵. Le mécanisme des communications individuelles est prévu soit directement par les Conventions, soit dans un protocole facultatif. 597

Dans les prochains paragraphes, nous allons examiner le déroulement de la procédure devant ces Comités et quel est leur pouvoir d'examen concernant les communications individuelles. 598

2. Le pouvoir d'examen des Comités de l'ONU

a. La recevabilité

Le *prérequis* pour pouvoir déposer une requête individuelle auprès d'un Comité est que l'Etat membre ait fait une déclaration reconnaissant la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications présentées par des particuliers qui se plaignent de la violation de l'un des droits énoncés par la 599

⁹⁹³ DFAE, Conventions relatives aux droits de l'homme, <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/organisations-internationales/nu/onu-droits-homme/conventions-droits-homme.html> (consulté le 10 avril 2022).

⁹⁹⁴ ULFSTEIN (2012), p. 74.

⁹⁹⁵ HCDH, Comité contre la torture (<https://www.ohchr.org/fr/hrbodies/cat/pages/catin-dex.aspx>), Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (<https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>), Comité pour l'élimination de la discrimination raciale à l'égard des femmes (<https://www.ohchr.org/fr/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>), Comité des droits de l'enfant (<https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>) (consultés le 10 avril 2022).

Convention⁹⁹⁶. Sans cette déclaration, le Comité ne peut pas examiner la communication⁹⁹⁷.

600 La Suisse a fait cette déclaration pour quatre Conventions : la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (CCT)⁹⁹⁸, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (CEDR)⁹⁹⁹, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (CEDEF)¹⁰⁰⁰ et la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE)¹⁰⁰¹.

601 Pour que la communication soit considérée comme *recevable*, plusieurs conditions doivent être remplies. Premièrement, la personne requérante doit se prévaloir de la violation d'un droit protégé par la Convention ou, si elle en a, un de ses protocoles facultatifs (PF) (art. 22 par. 1 CCT, 14 par. 1 CEDR, 2 PF CEDEF et 5 par. 1 PF CDE).

602 Deuxièmement, la communication doit être signée. En effet, les Comités n'examinent pas les requêtes anonymes (art. 22 par. 2 CCT, 14 par. 6a) CEDR, 3 PF CEDEF et 7 a) PF CDE).

603 Troisièmement, la personne requérante doit avoir épuisé les voies de recours internes avant de déposer sa communication (art. 22 par. 5b) CCT, 14 par. 7a) CEDR, 4 PF CEDEF et 7 e) PF CDE). En Suisse, il faut donc qu'il y ait une décision rendue par le Tribunal fédéral ou, lorsque la matière est exclue de sa compétence, comme c'est le cas du droit d'asile, par le Tribunal administratif fédéral. Il peut être dérogé à cette condition si la procédure interne excède des délais raisonnables ou qu'il est peu probable qu'elle permette d'obtenir une

⁹⁹⁶ MALINVERNI ET AL. (2021), N 2457 et 2469.

⁹⁹⁷ Art. 22 par. 1 CCT, 14 par. 1 CEDR 1 PF CEDEF et 1 PF CDE.

⁹⁹⁸ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (CCT), RS 0.105 ; Déclaration de la Suisse du 6 octobre 1986, RO 1987 1306.

⁹⁹⁹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (CEDR), RS 0.104 ; Déclaration de la Suisse du 9 mars 1993, RO 1995 1163.

¹⁰⁰⁰ Protocole facultatif se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 6 octobre 1999 (PF CEDEF), RS 0.108.1 ; Arrêté fédéral du 20 mars 2008, FF 2008 2117.

¹⁰⁰¹ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications du 19 décembre 2011 (PF CDE), RS 0.107.3 ; Message du Conseil fédéral du 1 décembre 2015 portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communications, FF 2016 179.

réparation effective (art. 22 par. 5b) CCT, 14 par. 7a) CEDR, 4 par. 1 PF CEDEF et 7 e) PF CDE).

Quatrièmement, il faut que la communication revête une motivation minimale. En effet, si elle est manifestement mal fondée ou insuffisamment motivée ou encore qu'elle procède d'un abus de droit, le Comité la déclare irrecevable (art. 4 par. 2c) PF CEDEF et 7 f) PF CDE). 604

Cinquièmement, il n'est pas possible de déposer une communication auprès de plusieurs Comités de l'ONU ou de déposer, en parallèle à la communication, une requête auprès de la CourEDH (art. 22 par. 5a) CCT, 4 par. 2a) PF CEDEF et 7 d) PF CDE). 605

Finalement, la communication ne peut pas être déposée en tout temps. Il faut respecter un délai, qui varie d'une Convention à l'autre, depuis le rendu de la décision de la dernière instance nationale. Il est de six mois pour le CCT et la CEDR (art. 22 par. 3 CCT et 14 par. 5 CEDR) et de douze mois pour la CDE (art. 7 let. h PF CDE)¹⁰⁰². 606

b. Le fond

Une fois les conditions de recevabilité examinées, le Comité compétent décide si la requête peut être enregistrée, c'est-à-dire inscrite officiellement sur la liste des affaires devant être examinées¹⁰⁰³. Le Comité porte alors à l'attention de l'Etat partie qu'une communication a été déposée. Ce dernier a un délai pour prendre position sur la communication¹⁰⁰⁴. Il peut indiquer, le cas échéant, les mesures qu'il pourrait avoir prises pour remédier à la situation. Le Comité donne ensuite la possibilité au particulier de s'exprimer sur la prise de position de l'Etat partie. En pratique, la procédure se déroule principalement par écrit et est confidentielle¹⁰⁰⁵. 607

Le Comité examine la communication à la lumière de toutes les informations qui lui ont été soumises par le requérant et l'Etat partie (art. 22 par. 4 CCT et art. 7 par. 1 PF CEDEF). La personne requérante doit décrire les faits de la 608

¹⁰⁰² Le PF CEDEF ne comporte aucune mention d'un délai à respecter pour porter devant lui une communication individuelle.

¹⁰⁰³ Haut-Commissariat des droits de l'Homme, Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme, Fiche d'information n°7, New-York/Genève 2013, p. 6.

¹⁰⁰⁴ Celui-ci est de trois mois pour la CEDR (art. 14 par. 6b) CEDR) et de six mois pour la CCT, la CEDEF et la CDE (art. 22 par. 3 CCT, 6 par. 2 PF CEDEF et 8 par. 2 PF CDE).

¹⁰⁰⁵ ULFSTEIN (2012), p. 74 et 91 ; Haut-Commissariat des droits de l'Homme, Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme, Fiche d'information n°7, New-York/Genève 2013, p. 10.

manière la plus précise possible, si possible avec preuve à l'appui, d'une part, pour être plus crédible et, d'autre part, pour que le comité puisse comprendre au mieux la situation¹⁰⁰⁶. En plus des informations fournies par les parties, le Comité se base sur ses décisions antérieures et, si cela est pertinent, sur les décisions des autres Comités¹⁰⁰⁷. Il se base également sur ses Observations générales, dans lesquelles il développe le sens des divers articles et ses observations finales sur les rapports périodiques des Etats parties¹⁰⁰⁸.

- 609 Enfin, la constatation¹⁰⁰⁹ adoptée par le Comité est communiquée simultanément au requérant et à l'Etat partie. Celle-ci n'est pas susceptible de recours. La suite donnée à une constatation dépendra de la nature de celle-ci. Si le Comité conclut à une violation d'un droit consacré par l'Etat partie, il invite celui-ci à lui communiquer des renseignements sur les mesures prises pour donner effet à ses conclusions et recommandations (art. 7 par. 4 PF CEDEF et 11 PF CDE)¹⁰¹⁰.
- 610 Pour les Comités, il peut s'avérer difficile d'estimer si l'Etat partie a donné une suite satisfaisante ou non à une constatation et donc de tenir des statistiques¹⁰¹¹. A notre connaissance, la Suisse s'est toujours conformée aux constatations des Comités de l'ONU desquels elle a reconnu la compétence. Par exemple, en cas de violation de la CCT dans le domaine de l'asile, les autorités suisses compétentes ont réexaminé le statut de la personne concernée et leur ont accordé un statut de protection approprié¹⁰¹².

¹⁰⁰⁶ JOSEPH ET AL. (2006), p. 84-85.

¹⁰⁰⁷ A cet égard, cf. CCT, Flor Agustina Calfunao Paillalef c. Suisse du 5 décembre 2019, requête n°CAT/C/68/D/882/2018, par. 8.4.

¹⁰⁰⁸ Haut-Commissariat des droits de l'Homme, Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme, Fiche d'information n°7, New-York/Genève 2013, p. 10.

¹⁰⁰⁹ « *View* » en anglais ; l'emploi d'un autre terme permet de différencier ces actes des décisions (ayant un caractère contraignant) rendues par les instances judiciaires (ULFSTEIN (2012), p. 94).

¹⁰¹⁰ ULFSTEIN (2012), p. 96.

¹⁰¹¹ ULFSTEIN (2012), p. 104.

¹⁰¹² Pour les affaires A.N. c. Suisse, Communication n°742/2016 et Harun c. Suisse, Communication n°758/2016, la Suisse a reconnu la qualité de réfugié, respectivement accordé l'asile aux requérants ; cf. Comité CCT, Rapport sur le suivi des décisions adoptées au sujet des communications soumises en vertu de l'article 22 de la Convention du 3 décembre 2019, p. 7-8.

Contrairement aux décisions de la CourEDH, les constatations des Comités de l'ONU n'ont *pas d'effets contraignants* pour les Etats parties¹⁰¹³. Cependant, elles présentent les caractéristiques importantes des décisions judiciaires, comme par exemple, l'impartialité et l'indépendance des experts du Comité ou leur fondement sur l'interprétation des dispositions de la Convention¹⁰¹⁴. 611

3. Des remarques conclusives sur le pouvoir d'examen des Comités de l'ONU

A la lecture des Conventions examinées, nous pouvons constater que, si les conditions de recevabilité sont assez élevées, la procédure de communications individuelles est, pour le reste, *très peu formalisée*. Cela laisse une marge de manœuvre importante aux Comités pour examiner les communications. 612

En outre, les droits que les Comités interprètent et pour lesquels ils vérifient que l'application faite soit conforme aux Conventions sont des droits humains. Les articles contenant ces différents droits ont une *faible densité normative* (N 290). Cela permet qu'ils trouvent application dans toutes les situations et accorde aux Comités une marge de manœuvre importante dans l'interprétation et la portée qu'ils veulent donner aux droits protégés. 613

Il existe plusieurs différences entre les Comités de l'ONU et la CourEDH. Premièrement, les personnes amenées à examiner les communications ne sont pas des juges mais des experts internationaux (y compris hors Europe), spécialistes du domaine examinés (N 597). Deuxièmement, la pratique des différents Comités de l'ONU est plus récente que celle de la CourEDH. Elle est propre à chaque Comité et on n'y trouve pas des principes autant codifiés que ceux de subsidiarité, d'effectivité ou de la marge d'appréciation nationale. Troisièmement, les recommandations des Comités ne sont pas contraignantes, contrairement aux jugements de la CourEDH (N 611). Finalement, elles ne concernent pas seulement des affaires régionales comme pour la CEDH, mais sont applicables au niveau mondial. Elles sont donc moins ancrées dans le contexte européen, ce qui leur permet de subir moins de pressions politiques que les Juges de la CourEDH. 614

¹⁰¹³ ULFSTEIN (2012), p. 75 ; Haut-Commissariat des droits de l'Homme, Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme, Fiche d'information n°7, New-York/Genève 2013, p. 11.

¹⁰¹⁴ ULFSTEIN (2012), p. 93.

V. Une conclusion intermédiaire

- 615 Après le chapitre consacré à la marge de manœuvre de l'autorité de première instance, ce chapitre nous a permis de traiter le pouvoir d'examen des différentes instances de recours. Cette notion, n'apparaissant pas directement dans les lois de procédure, s'exprime à travers les dispositions concernant les motifs de recours (N 443). Il existe *trois catégories* de motifs : la violation du droit, l'établissement inexact ou incomplet de l'état de fait pertinent et l'inopportunité d'une décision.
- 616 L'*étendue du pouvoir d'examen* varie en fonction des instances. Cependant, pour respecter la garantie d'accès à un juge (art. 29a Cst.), la cause doit au moins une fois être examinée par une instance ayant un pouvoir d'examen étendu aux faits et au droit, ce qui est le cas des instances cantonales de recours et du Tribunal administratif fédéral (N 463).
- 617 Certaines instances – comme les autorités de recours hiérarchiques et dans certains cas le Tribunal administratif fédéral – revoient également le grief tiré de *l'inopportunité* d'une décision. Cette dernière catégorie de motif de recours est la plus controversée, en cela que le choix d'une décision opportune se fait entre plusieurs solutions toutes légales et a donc une composante micropolitique (N 487). Dès lors, la prise en compte de cette composante relève d'une compétence traditionnellement reconnue à l'administration et pose la question de savoir si elle peut également être revue par une autorité judiciaire. Les instances judiciaires au bénéfice d'un pouvoir d'examen étendu à l'opportunité – en particulier le Tribunal administratif fédéral –, du fait de son caractère atypique, l'exercent généralement avec retenue (N 503).
- 618 La procédure devant le *Tribunal fédéral* est régie par des règles spécifiques qui concrétisent le fait que son rôle est d'assurer une application et un développement uniforme du droit fédéral (N 528). Cela a comme conséquence que son pouvoir d'examen, tel qu'il est prévu par la LTF, est *restreint à plusieurs égards* (N 552).
- 619 Premièrement, il ne revoit les faits que de manière limitée, c'est-à-dire aux conditions cumulatives qu'ils aient été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (N 529). Deuxièmement, son pouvoir d'examen est également restreint par rapport au droit. En effet, s'il examine librement la violation du droit fédéral (N 538), il n'examine la violation des droits fondamentaux ainsi que celles des dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief est invoqué et motivé par le recourant (N 541). Troisièmement, il ne revoit pas non plus l'opportunité d'une décision (N 554-555).

Le dernier point abordé dans ce chapitre est celui du pouvoir d'examen des instances internationales, à savoir la *CourEDH* et les *Comités de l'ONU*. La *CourEDH*, du fait de sa place en tant qu'instance internationale et du caractère subsidiaire de son contrôle, obéit à d'autres principes que ceux vus pour le contrôle par les instances suisses de recours. Outre les dispositions légales, ses arrêts sont guidés par les principes jurisprudentiels de subsidiarité et de la marge d'appréciation nationale (N 571ss) ainsi que celui d'effectivité (N 577ss). La procédure devant les *Comités de l'ONU* est, quant à elle, peu formalisée. Enfin, la densité normative des différents droits protégés par les Conventions internationales est plutôt faible, ce qui laisse une marge d'interprétation importante à la *CourEDH* et aux *Comités de l'ONU* (N 564 et 613). 620

Sur cette base, nous soutenons, dans notre **thèse n° 5**, que l'étendue du pouvoir d'examen varie en fonction de l'instance concernée. Il se rétrécit généralement à chaque fois que l'on monte dans la hiérarchie des mécanismes de contrôle. 621

Chapitre 4 : L'exercice effectif du pouvoir d'examen

Après avoir contextualisé la problématique (point I.), nous procédons aux deux distinctions suivantes : d'une part, entre un pouvoir d'examen limité ou exercé avec retenue et, d'autre part, entre un contrôle étendu à la légalité ou à l'opportunité (point II.). Ensuite, nous développons le principe selon lequel l'autorité n'a pas seulement un pouvoir, mais aussi un devoir d'examen (point III.). Sur cette base, nous abordons l'étendue du pouvoir d'examen des tribunaux dans la pratique (point IV.). Puis, nous approfondissons les cas dans lesquels les tribunaux s'imposent une retenue (point V.). Enfin, nous formulons une conclusion intermédiaire (point VI.). 622

I. Le contexte de la problématique

Après avoir décrit les différentes composantes du pouvoir d'examen devant les différentes instances de contrôle, tel qu'il est prévu dans les lois de procédure¹⁰¹⁵, il nous reste à traiter une question primordiale, à savoir comment le pouvoir d'examen est *effectivement* exercé par les autorités de recours¹⁰¹⁶. Comme nous le verrons, l'exercice effectif du pouvoir d'examen diffère parfois de ce qui est prévu dans les lois de procédure. 623

En effet, dans certains cas de figure, les autorités de recours s'imposent une *retenue* qui n'est pas prévue par la loi. Dans d'autres cas, elles font plutôt un usage extensif de leur pouvoir d'examen. Tel est en particulier le cas lorsqu'elles interprètent l'étendue des droits fondamentaux, dont la faible densité normative permet de conférer une composante créatrice à l'interprétation. 624

¹⁰¹⁵ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3.

¹⁰¹⁶ Concernant les instances internationales et en particulier la CourEDH, nous avons abordé dans le même point le pouvoir d'examen prévu par la Convention et son développement dans la jurisprudence (cf. chap. 3, point IV). Dans ce chapitre, nous nous concentrons donc sur les instances de contrôle fédérales (Tribunal fédéral et Tribunal administratif fédéral).

625 Ce sont ces aspects liés à l'étendue du contrôle en pratique que nous approfondissons dans ce chapitre. En particulier, nous développons les différents cas dans lesquels la retenue est admise dans le but d'en proposer une classification. Le but de cette démarche est de mieux cerner les cas dans lesquels une retenue est admise et dans quelle mesure, puis d'étudier la justification apportée à cette retenue. Enfin, nous abordons les possibles correctifs à cette retenue dans le but de garantir une protection aussi étendue que possible aux personnes concernées.

II. Les distinctions à opérer

626 Nous procédons ici à deux distinctions : d'une part, entre la limitation du pouvoir d'examen et la retenue dans son exercice (point A.) et, d'autre part, entre le contrôle de la légalité et celui de l'opportunité (point B.).

A. La limitation du pouvoir d'examen et la retenue dans l'exercice du pouvoir d'examen

627 Si une disposition réserve une marge de manœuvre – que ce soit une latitude de jugement ou une liberté d'appréciation – à l'autorité de première instance, cette dernière peut en faire usage sans s'imposer de retenue. En effet, elle dispose d'un plein pouvoir d'appréciation pour rendre une décision en suivant les objectifs poursuivis par la pratique administrative pertinente¹⁰¹⁷.

628 Il en va différemment pour les autorités de recours. En effet, l'étendue du pouvoir d'examen varie d'une instance à une autre. Si, dans certains cas, comme dans le cadre du recours hiérarchique ou certaines procédures devant le Tribunal administratif fédéral, le pouvoir d'examen est étendu à l'opportunité, celui du Tribunal fédéral, au contraire, se cantonne principalement à l'examen du droit fédéral ; ce dernier ne revoit le droit cantonal et les faits que de manière limitée (N 528).

629 Cette limite dans l'étendue du pouvoir d'examen (« *die Kognitionsbeschränkung* ») est une *restriction légale du pouvoir d'examen* qui découle de la fonction du Tribunal fédéral en tant qu'instance suprême, qui est d'assurer une application uniforme du droit fédéral (N 528). Ces restrictions légales découlent donc de choix du législateur de limiter les griefs invocables devant certaines instances (comme le Tribunal fédéral) ou dans certaines procédures¹⁰¹⁸. Tel est par exemple le cas en droit des personnes étrangères où

¹⁰¹⁷ MARTIN/SELTMANN/LOHER (2016), p. 123.

¹⁰¹⁸ RHINOW ET AL. (2014), N 1122a.

une personne admise à titre provisoire ne peut faire recours contre une décision négative de demande de changement de canton que si la décision viole le principe de l'unité de la famille¹⁰¹⁹.

À côté des restrictions légales susmentionnées, les autorités de recours s'imposent parfois une retenue (« *die Zurückhaltung* ») pour revoir certains cas¹⁰²⁰. En effet, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent la possibilité d'un pouvoir d'examen exercé avec retenue quand la nature de l'affaire le justifie, même si celle-ci n'est pas prévue légalement. À cet égard, on ne parle plus de restriction légale du pouvoir d'examen, mais de *restriction jurisprudentielle du pouvoir d'examen*¹⁰²¹. Tel est le cas lorsque l'application du droit demande des connaissances spéciales ou une proximité avec l'objet du litige qui rendent l'autorité inférieure plus apte à se déterminer que l'instance de recours¹⁰²². 630

B. La distinction entre le contrôle de la légalité et celui de l'opportunité

Le contrôle de l'autorité de recours peut porter *sur plusieurs aspects* de la décision : les faits, le droit ou l'opportunité¹⁰²³. S'il est généralement limité à la légalité de la décision attaquée, certaines autorités ont également la faculté de revoir l'opportunité de la décision¹⁰²⁴. Dans ces cas, la décision, bien que légale, peut s'avérer inappropriée aux circonstances ou, en d'autres mots, un choix peu judicieux et donc inopportun parmi les différentes conséquences juridiques possibles (N 492)¹⁰²⁵. 631

Dès lors, il est important de distinguer ces deux types de contrôles car ils sont d'une *portée fondamentalement différente*. Le contrôle de l'opportunité d'une décision restreint de manière plus importante la liberté de l'autorité contrôlée puisqu'il s'exerce à l'intérieur des limites imposées par la légalité. Ce second contrôle est de type administratif et donc généralement exercé à l'intérieur du pouvoir exécutif, alors que le contrôle de la légalité est de type judiciaire. Si une autorité est compétente pour exercer un contrôle en opportunité, elle le sera également pour le contrôle de la légalité, la réciproque n'étant pas vraie¹⁰²⁶. 632

¹⁰¹⁹ Art. 85 al. 4 LEI.

¹⁰²⁰ ATF 135 II 384, consid. 2.2.2 ; BINDER (2014), N 10.

¹⁰²¹ HANGARTNER (2005), p. 319 et 324.

¹⁰²² MOSER/BEUSCH/KENUBÜHLER (2013), N 2.154.

¹⁰²³ À cet égard, voir le chap. 3 précédent sur la marge de manœuvre des autorités de recours.

¹⁰²⁴ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point II. D. 3.

¹⁰²⁵ FELLER/MÜLLER (2009), p. 445.

¹⁰²⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 741 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 797-798.

- 633 En pratique, la distinction entre le contrôle de la légalité, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, d'une part, et celui de l'opportunité, d'autre part, n'est pas aisée à opérer et les différents aspects peuvent parfois s'imbriquer¹⁰²⁷. Elle ne peut se faire de manière générale et c'est au tribunal de déterminer, dans chaque cas d'espèce, ce qui relève du droit ou de l'opportunité¹⁰²⁸.
- 634 En rendant une décision inopportune, l'autorité commet une sorte d'erreur d'appréciation ou une erreur politique (N 494) car, en n'exerçant pas son pouvoir d'appréciation de manière appropriée, elle ne choisit pas la solution la plus adaptée aux circonstances. Cependant, cette erreur n'est pas constitutive d'une illégalité, contrairement à la décision dans laquelle l'autorité aurait commis un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation¹⁰²⁹.
- 635 Dans ces cas de figure, il s'avère compliqué de distinguer ces différents types d'« erreurs » – en particulier pour certains aspects, comme la proportionnalité d'une décision – qui véhiculent pourtant un enjeu important. En effet, l'autorité de recours, dont le pouvoir s'étend à la légalité, ne peut que sanctionner une erreur d'appréciation constitutive d'une illégalité et non une décision inopportune¹⁰³⁰.
- 636 Dans de tels cas, l'autorité au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen va commencer par examiner si une décision est légale (et donc proportionnée). Si la réponse à cette première question est positive, elle va ensuite examiner si cette dernière est opportune. Enfin, elle ne va pas substituer son appréciation à celle de l'autorité précédente sans nécessité (« *Ohne-Not-Praxis* »)¹⁰³¹.
- 637 C'est ce qui ressort de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels il considère qu'une autorité bénéficiant d'un plein pouvoir d'examen doit respecter la marge de manœuvre de l'autorité inférieure. Elle doit corriger une décision inopportune mais peut laisser l'autorité inférieure se déterminer entre plusieurs solutions opportunes¹⁰³².
- 638 Cependant, cette explication du Tribunal fédéral nous fournit peu d'éléments pour aider à tracer la frontière entre une décision opportune, inopportune ou illégale. Ces considérations mettent en exergue la difficulté à poser, dans l'abstrait, les frontières entre l'opportunité et la légalité, en particulier dans ses

¹⁰²⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), p. 49.

¹⁰²⁸ SCHINDLER (2013a), p. 364.

¹⁰²⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1048 ; MARTIN/SELTSMANN/LOHER (2016), p. 126.

¹⁰³⁰ Arrêt du TF 2C_240/2012 du 15 mars 2013, consid. 1.2 (non publié in ATF 139 I 145) ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1048.

¹⁰³¹ MARTIN/SELTSMANN/LOHER (2016), p. 126 ; ZIBUNG OLIVER/HOFSTETTER ELIAS, in : Praxiskommentar VwVG, art. 49, N 45.

¹⁰³² Notamment ATF 133 II 35, consid. 3 ; 130 II 449, consid. 4.1 et références.

dimensions relatives à la proportionnalité (N 635) ou des erreurs d'appréciation (« *Ermessensfehlern* »). Au contraire, elles appuient le fait que l'étendue concrète du pouvoir d'examen dépend des circonstances du cas d'espèce et est donc tributaire d'une *approche casuistique* (cf. *infra* point V. B. pour une proposition de classification du contrôle exercé avec retenue)¹⁰³³.

Pour illustrer nos propos, nous pouvons reprendre l'exemple développé dans le cadre de la définition de la notion d'opportunité, tiré de la sanction administrative (N 329). Un tribunal appelé à vérifier cette décision cherche à savoir si l'autorité administrative a respecté toutes les prescriptions légales : tout d'abord, la fourchette prévue par la norme topique et, ensuite, que l'autorité n'a pas excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation. À cet égard, il va vérifier que l'autorité administrative a tenu compte du principe de la proportionnalité, de l'égalité de traitement, qu'elle s'est basée sur des critères objectifs (interdiction de l'arbitraire et des discriminations). Une fois ce cadre examiné, il va se pencher – s'il en a le pouvoir, comme c'est traditionnellement le cas des autorités hiérarchiquement supérieures – sur l'opportunité de la décision. L'autorité administrative pouvait, en respectant les limites de la légalité, imposer une sanction allant de 100 à 3'000 francs. Si elle décide une sanction de 500 francs, l'autorité de recours peut estimer qu'une sanction de 1'200 francs est plus adaptée à la situation, mais ce faisant elle s'immisce dans la politique de l'administration. Au contraire, si l'autorité de recours est une autorité judiciaire dont le contrôle est limité à la légalité, une fois le cadre légal vérifié, elle ne pourra pas se substituer à l'autorité précédente – même si elle estime qu'une sanction de 1'200 francs aurait été plus adaptée – et devra se contenter d'avaliser la sanction de 500 francs¹⁰³⁴.

639

III. Un pouvoir mais aussi un devoir d'examen de la part de l'autorité

Bien que la jurisprudence – jusqu'à celle de la CourEDH¹⁰³⁵ – et la doctrine admettent que l'autorité puisse s'imposer une retenue dans certains cas de figure, il est important de relever que, si elle dispose d'un pouvoir d'examen, l'autorité a également un *devoir* d'examen. Afin de respecter les garanties générales de procédure, elle est donc obligée d'épuiser complètement (« *voll ausschöpfen* ») son pouvoir d'examen¹⁰³⁶.

640

Ce devoir d'examen découle, au *niveau international*, du droit à un procès équitable prévu par l'art. 6 par. 1 CEDH. Cet article implique un contrôle

641

¹⁰³³ FELLER/MÜLLER (2009), p. 445 ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, art. 49 VwVG N 37.

¹⁰³⁴ KIRCHHOFER (1930), p. 50 ; TANQUEREL (2013), p. 213-214.

¹⁰³⁵ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point IV. ; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2015), N 1539.

¹⁰³⁶ ATAF 2010/54, consid. 7.1 *in fine* ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1027 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (2013) N 2.153 ; MÜLLER (2016), p. 92 ; TSCHANNEN (2008), N 353.

étendu aux faits et à la légalité d'une décision. Cependant, il n'inclut pas un contrôle du pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative¹⁰³⁷.

- 642 Au *niveau suisse*, il découle du principe constitutionnel de la garantie d'accès au juge. L'art. 29a Cst. prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels (art. 29a Cst.). Cette disposition garantit ainsi – à au moins un échelon de la procédure contentieuse – l'accès à un juge disposant d'un pouvoir d'examen complet portant sur les faits et le droit : l'autorité judiciaire doit pouvoir contrôler librement la constatation des faits et l'application du droit. *A contrario*, cette disposition ne garantit pas un contrôle étendu à l'opportunité¹⁰³⁸.
- 643 Cependant, une *retenue* est tout de même *compatible avec l'art. 29a Cst.*, dans certains cas, comme lorsque l'autorité de recours judiciaire revoit des questions pour lesquelles l'autorité administrative est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation. Cela rend cette retenue complexe à appréhender, car elle est tributaire d'une approche casuistique¹⁰³⁹.
- 644 L'autorité de recours ne peut donc limiter sa cognition que dans une certaine mesure qui, si elle est dépassée, peut entraîner un excès négatif du pouvoir d'appréciation¹⁰⁴⁰ ou, de manière plus générale, une *violation de la garantie d'accès au juge* ou un *déni de justice formel* constitutif d'une violation de la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.)¹⁰⁴¹. Selon la jurisprudence et dans le cas qui nous intéresse¹⁰⁴², l'autorité commet un déni de justice formel lorsqu'elle se contente d'un contrôle de l'arbitraire alors qu'elle dispose d'un pouvoir d'examen complet¹⁰⁴³. Cependant, il est difficile de poser des limites précises dans l'abstrait entre les cas où la retenue est autorisée ou lorsqu'elle devient constitutive d'un déni de justice¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁷ FROWEIN (2015), p. 3 ; SCHINDLER (2012a), p. 151.

¹⁰³⁸ ATF 137 I 235 consid. 2.5 et 134 V 401, consid. 5.3 ; Arrêt du TF 2D_45/2017 du 18 mai 2018, consid. 4 ; BINDER (2014), N 13 ; WIEDERKEHR (2016), N 132 et 136 ; SCHINDLER (2010), N 409.

¹⁰³⁹ Cf. 2^{ème} partie, chap. 4, point V. B.

¹⁰⁴⁰ TSCHANNEN (2008), N 353.

¹⁰⁴¹ Arrêt du TF 2C_212/2020 du 17 août 2020, consid. 3.2.

¹⁰⁴² On pense traditionnellement au déni de justice lorsque l'autorité refuse de rendre une décision ou tarde à le faire et non pas parce qu'elle limite faussement son pouvoir d'examen. Dans le premier cas de figure, l'administré peut déposer un recours pour déni de justice contre l'absence de décision. Une base légale spécifique est prévue pour ce cas de figure (art. 94 LTF et 46a PA au niveau fédéral).

¹⁰⁴³ ATF 131 II 271, consid. 11.7.1 ; 130 II 449, consid. 4.1 et 115 Ia 5, consid. 2b ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1027.

¹⁰⁴⁴ Cf. le développement dans l'arrêt du TF 1C_402/2016 du 31 janvier 2018, consid. 8.

Le pouvoir d'appréciation réservé aux autorités administratives, comme par exemple dans le cadre de la naturalisation ordinaire ou en matière d'évaluation d'examens, ne peut pas conduire un tribunal cantonal – auquel il incombe un devoir d'examen – à renoncer à un contrôle du droit et des faits comme exigé par la garantie d'accès au juge¹⁰⁴⁵. En effet, un pouvoir d'examen restreint à l'arbitraire n'est pas compatible avec les garanties constitutionnelles précitées (N 644). 645

En outre, si une seule autorité judiciaire cantonale est appelée à se prononcer avant le Tribunal fédéral, une restriction de la cognition à l'arbitraire correspond également à *une violation de l'art. 110 LTF* (auquel renvoie aussi l'art. 117 LTF pour le recours constitutionnel subsidiaire)¹⁰⁴⁶. Dès lors, il découle des art. 29a Cst. et 110 LTF que l'autorité cantonale doit examiner librement les faits et appliquer d'office le droit déterminant non seulement lorsque ses jugements peuvent faire l'objet d'un recours ordinaire au Tribunal fédéral, mais également lorsqu'ils ne sont susceptibles que d'un recours constitutionnel subsidiaire¹⁰⁴⁷. 646

L'autorité de contrôle doit donc examiner *pour chaque cas* si l'autorité inférieure a examiné les points importants et procédé aux clarifications nécessaires pour être en mesure de rendre une décision¹⁰⁴⁸. Ce n'est qu'une fois qu'elle a vérifié que l'autorité administrative a respecté le cadre légal en prenant en compte tous les éléments pertinents, à l'exclusion de ceux externes au litige, que l'autorité de recours peut s'imposer une retenue dans son pouvoir d'examen concernant les pures questions d'appréciation ou celles qui demandent des connaissances spécifiques¹⁰⁴⁹. Cependant, la retenue n'est pas justifiée lorsque l'autorité inférieure n'a pas examiné les points essentiels pour la décision et n'a pas procédé de manière soigneuse et complète aux vérifications nécessaires¹⁰⁵⁰. 647

Par exemple, en droit de l'aménagement du territoire, le tribunal des recours en matière de droit des constructions du canton de Zurich est compétent, dans certains cas, pour procéder à un examen en opportunité. Cependant, il s'impose une certaine retenue pour revoir l'intégration d'un projet de l'autorité communale des constructions et n'intervient que si elle a outrepassé son pouvoir d'appréciation, découlant de son autonomie 648

¹⁰⁴⁵ ATF 137 I 235 consid. 2.5.2.

¹⁰⁴⁶ Arrêt du TF 2C_127/2018 du 30 avril 2019, consid. 3.3.3 ; WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 2763.

¹⁰⁴⁷ Arrêt du TF 2C_212/2020 du 17 août 2020, consid. 3.2.

¹⁰⁴⁸ WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 2754.

¹⁰⁴⁹ Cf. dans ce sens, CANDRIAN (2013), N 189ss et KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2015), N 1538.

¹⁰⁵⁰ ATF 142 II 451, consid. 4.5.1 ; Arrêt du TAF E-5688/2012, consid. 5.3 non publié dans ATAF 2013/23 et références citées.

communale, pour appliquer une clause d'esthétique¹⁰⁵¹. Dès lors, il s'agit, pour le tribunal, de trouver *le juste équilibre* entre le respect du pouvoir d'appréciation de l'autorité communale et l'épuisement de son pouvoir d'examen. Cependant, sa retenue ne doit pas être équivalente à un contrôle restreint à l'arbitraire sous peine de violer l'art. 29a Cst. et, de manière spécifique à ce domaine, l'art. 33 al. 3 let. b LAT¹⁰⁵². En l'espèce, le tribunal a pris en compte les différents critères élaborés par la commune et a expliqué en quoi il ne partageait pas son appréciation. Ce faisant, il n'a pas violé son autonomie communale¹⁰⁵³.

IV. L'étendue du pouvoir d'examen des autorités judiciaires

649 Nous abordons ici le pouvoir d'examen des autorités judiciaires tel que prévu par la loi (point A.). Puis, nous traitons du pouvoir d'examen exercé avec retenue (point B.) et, enfin, de celui exercé de manière créatrice (point C.).

A. Le pouvoir d'examen tel que prévu par la loi

650 L'étendue du pouvoir d'examen est définie, pour chaque instance, par la loi de procédure qui lui est applicable et qui prévoit quels motifs peuvent être invoqués devant elle : la violation du droit, l'établissement inexact ou incomplet des faits pertinents ou encore, pour certaines instances, l'inopportunité de la décision attaquée¹⁰⁵⁴.

651 Or, le pouvoir d'examen prévu par les lois de procédure ou certaines lois matérielles spéciales (« *die Überprüfungsbefugnis* ») diffère parfois de celui dont il est effectivement fait usage en pratique, tel est en particulier le cas lorsque l'autorité s'impose une retenue (N 630). On parle alors de « *Prüfungsdichte* » pour décrire l'étendue du pouvoir d'examen dans la pratique¹⁰⁵⁵. Il n'existe pas de terme technique équivalent pour cette expression dans la langue française, mais celle-ci traduit l'idée de densité du pouvoir d'examen et est utilisée pour qualifier l'étendue du pouvoir d'examen dont fait usage l'autorité dans le cas concret.

652 Cette différence entre le pouvoir d'examen prévu par la loi et celui dont font effectivement usage les tribunaux n'est pas prévue légalement. Cependant, les règles de procédure posent *un cadre* au pouvoir d'examen. A cet égard, elles remplissent une fonction importante. Elles ont notamment pour rôle d'assurer

¹⁰⁵¹ ATF 145 I 52, consid. 3.1-3.3.

¹⁰⁵² ATF 145 I 52, consid. 3.6 ; cf. aussi ATF 146 II 367, consid. 3.2.1-3.2.2.

¹⁰⁵³ ATF 145 I 52, consid. 3.4.

¹⁰⁵⁴ À cet égard, cf. chap. 3 sur le pouvoir d'examen des instances de recours.

¹⁰⁵⁵ WULLSCHLEGER (2019), p. 718.

les droits de l'administré – qui se trouve dans un certain déséquilibre des forces par rapport à l'administration détentrice de la puissance publique – et que celui-ci soit traité avec respect¹⁰⁵⁶. À cet égard, elles doivent permettre d'assurer une certaine prévisibilité du droit. Il en découle qu'une procédure bien menée est également mieux acceptée par l'administré¹⁰⁵⁷. Dès lors, les autorités ont une responsabilité importante dans l'application du droit et l'exercice de leur marge de manœuvre, mais aussi dans l'acceptation de la décision par l'administré¹⁰⁵⁸.

Afin d'illustrer la fonction des règles de procédure dans le cadre du pouvoir d'examen, SCHINDLER les compare avec les règles définissant les vitesses maximales dans la circulation routière. L'auteur explique qu'elles fixent la vitesse maximale à laquelle les usagers peuvent rouler dans les villes, à l'extérieur de celles-ci ou sur les autoroutes. Cependant, elles ne précisent pas à quelle vitesse les usagers doivent aller sur chaque tronçon de route. Au contraire, l'art. 32 al. 1 de la loi sur la circulation routière (LCR)¹⁰⁵⁹ précise que la vitesse doit toujours être *adaptée aux circonstances*, notamment aux particularités du véhicule et du chargement, ainsi qu'aux conditions de la route, de la circulation et de la visibilité. Ainsi, les normes sur le pouvoir d'examen définissent quelle est l'étendue maximale de celui-ci (« sa vitesse maximale ») mais ne prescrivent pas dans le cas concret l'étendue de son examen (« la vitesse qu'il doit adopter »)¹⁰⁶⁰. 653

Dans le cas qui nous intéresse, le législateur s'est contenté de fixer le cadre général, laissant ainsi *une marge de manœuvre*, aux autorités judiciaires, dans leur travail quotidien d'application du droit, pour adapter leur pouvoir d'examen. Cette marge est nécessaire puisqu'elle permet aux autorités de recours de disposer de la flexibilité indispensable pour prendre en considération les circonstances du cas d'espèce, tout en gardant à l'esprit les impératifs liés au développement du droit et à l'uniformité de la jurisprudence, non seulement d'un point de vue matériel mais aussi formel. Elle met également en avant l'exercice d'équilibrisme – entre le mandat de contrôle des tribunaux et le respect de la marche de manœuvre de l'administration – auquel procèdent les tribunaux en présence de questions d'appréciation¹⁰⁶¹. En effet, sans 654

¹⁰⁵⁶ BINDER (2016), p. 20.

¹⁰⁵⁷ BINDER (2016), p. 20-21 ; BOVAY (2015), p. 38-40.

¹⁰⁵⁸ GRASDORF-MEYER (2019), N 11.

¹⁰⁵⁹ Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958, RS 741.01.

¹⁰⁶⁰ SCHINDLER (2013), p. 53 ; cf. aussi SCHINDLER (2013a), p. 369 avec une autre métaphore cette fois (celle des lunettes).

¹⁰⁶¹ SCHINDLER (2013a), p. 367-368 qui cite HORST SENDLER qui décrit cet exercice ainsi : « die Verwaltungsgerichte zwischen ihrer Scylla in Gestalt der Besserwisserei und der Charybdis

disposition légale, il incombe au tribunal d'estimer l'étendue de son pouvoir d'examen dans chaque procédure¹⁰⁶².

655 Dans les prochains paragraphes, nous allons aborder les cas de figure dans lesquels le pouvoir d'examen de l'autorité diffère de ce qui est prévu dans les lois de procédure. Cette différence peut s'étendre dans *deux directions opposées* : le cas le plus fréquent et le plus thématique est celui où l'autorité de recours s'impose une retenue pour revoir certaines décisions (point B.), mais il arrive aussi que dans quelques cas, elle procède à une « extension » de son pouvoir d'examen (point C.).

B. La retenue dans l'exercice du pouvoir d'examen

656 Les autorités de recours s'imposent parfois une *certaine retenue* lorsqu'elles estiment que l'autorité inférieure est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation qui la rend mieux à même de concrétiser la norme et d'en dégager son sens véritable¹⁰⁶³. Dès lors, l'autorité de recours n'intervient que si l'autorité de première instance dépasse les limites de son pouvoir d'appréciation. Concrètement, cela signifie que l'autorité de recours va vérifier si l'autorité précédente a correctement établi les faits et appliqué le droit pertinent et, sur cette base, pris en compte, à leur juste valeur, les différents intérêts en jeu, sans être influencé par des considérations extérieures à la norme¹⁰⁶⁴.

657 En outre, lorsque le pouvoir d'examen de l'autorité de recours s'étend seulement au contrôle de la légalité, elle vérifiera si l'autorité administrative au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation l'a respecté (excès ou abus du pouvoir d'appréciation), mais s'abstient d'examiner si les choix faits à l'intérieur de la marge de manœuvre laissée par ces principes sont « opportuns » ou non (N 631)¹⁰⁶⁵.

658 *Le degré de retenue varie* d'un cas à l'autre en fonction de la nature des questions juridiques, factuelles et d'appréciation en jeu, ainsi que des connaissances requises pour résoudre le cas. Cette approche casuistique implique qu'il faut déterminer de cas en cas quelle est l'étendue du pouvoir d'appréciation conféré à l'autorité administrative, cette étendue limitant ensuite le pouvoir d'examen de l'autorité de recours¹⁰⁶⁶. C'est cette différence entre la théorie et

der allzu vornehmen Zurückhaltung durchsteuern und die schwierige Gratwanderung zwischen Kontrollauftrag und Respektierung der Verwaltung bewältigen müssen ».

¹⁰⁶² EGGENSCHWILER (1962), p. 487.

¹⁰⁶³ Cf. ATF 135 II 384, consid. 2.2.2 ; WULLSCHLEGER (2019), p. 718.

¹⁰⁶⁴ ZIBUNG OLIVER/HOFSTETTER ELIAS, in : Praxiskommentar VwVG, Art. 49, N 22.

¹⁰⁶⁵ TANQUEREL (2018), N 524.

¹⁰⁶⁶ TANQUEREL (2018), N 525.

la pratique ainsi que la manière dont elle s'exprime que nous souhaitons analyser dans les prochains paragraphes.

À cet égard, il peut être tiré un *parallèle* entre les tensions auxquelles doit faire face la CourEDH (N 571ss et 577ss) et celles qui se posent devant d'autres instances suprêmes, comme le Tribunal fédéral. En effet, le contrôle de la CourEDH est subsidiaire par rapport aux instances nationales. Celui du Tribunal fédéral l'est également, par rapport aux cantons, en raison du fédéralisme. Et autant pour la CourEDH que pour le Tribunal fédéral, il n'est pas évident – voire impossible – de dégager des critères clairs et objectifs pour lesquels ces instances exercent leur pouvoir d'examen pleinement ou avec retenue. En effet, on en revient à trouver le juste équilibre entre les droits fondamentaux de l'individu et les considérations d'ordre public¹⁰⁶⁷. Et comme l'a exprimé MALINVERNI, « il s'agit là, à notre avis, d'une impossibilité inhérente à la notion même de pouvoir d'examen, qui est essentiellement subjective, et que seul un tribunal confronté à un cas concret est capable d'apprécier »¹⁰⁶⁸.

C. Le pouvoir d'examen exercé de manière créatrice

Si ce chapitre développe, en particulier, la retenue que s'imposent les autorités de recours et dans quelle mesure elle est acceptable, il nous faut également mentionner qu'il existe, dans certains cas moins fréquents, une *tendance inverse*. En effet, il arrive aussi que les autorités de recours, sous couvert d'arguments juridiques, exercent leur pouvoir d'examen de manière étendue¹⁰⁶⁹. Tel a été le cas dans la jurisprudence du Tribunal fédéral de la deuxième partie du XX^{ème} siècle, en examinant certains griefs sous l'angle de l'égalité de traitement ou de droits constitutionnels non écrits. Cette tendance se retrouve également en droit administratif dans le cas d'une instance de recours qui, voulant absolument trancher un grief, l'examine de manière étendue sous l'angle de l'arbitraire ou de la proportionnalité de la décision¹⁰⁷⁰.

Cette seconde tendance se retrouve en particulier lors de *l'interprétation et l'application des principes généraux du droit et de certains droits fondamentaux*, qui sont principalement des notions juridiques indéterminées. Leur champ d'application est très large et ils ont une faible normativité, ce qui leur confère un contenu très ouvert. Cela est nécessaire pour qu'ils puissent

¹⁰⁶⁷ PATRY (2000), p. 1077.

¹⁰⁶⁸ MALINVERNI (1984), p. 210-211 ; cf. également HANGARTNER (2011), p. 177.

¹⁰⁶⁹ SCHINDLER (2013), p. 52.

¹⁰⁷⁰ SCHINDLER (2013), p. 52-53.

s'adapter à toutes les configurations pouvant potentiellement se présenter ainsi qu'à l'évolution de la société (N 290-291)¹⁰⁷¹.

- 662 Le corollaire à cette faible densité normative est que les autorités ont une grande marge de manœuvre, qui laisse la place à une *interprétation créatrice*. Cela permet de développer le sens de la règle sans que le texte ne change¹⁰⁷². Ce développement enrichit donc la substance de la norme générale en lui donnant un nouvel aspect sur lequel la norme générale n'avait jusque-là rien dit et à propos duquel on ne savait pas ce qu'elle avait à dire (N 317)¹⁰⁷³.
- 663 En droit des personnes étrangères, cette situation s'est présentée dans l'interprétation que les autorités judiciaires fédérales ont faite de ce droit. Par exemple, le Tribunal fédéral a reconnu une présomption d'un droit à la vie privée pour une personne séjournant en Suisse depuis plus de dix ans¹⁰⁷⁴. Dans un arrêt ultérieur, il a complété cette jurisprudence en décidant que ce droit à la vie privée pour une personne titulaire d'un permis B fonde le droit au regroupement familial du conjoint si les conditions des art. 44 et 47 LEI sont remplies¹⁰⁷⁵. Les liens entre le pouvoir d'examen et le droit à la vie privée et familiale sont développés en détail dans la partie suivante¹⁰⁷⁶.
- 664 Nous avons fait cette même constatation pour la jurisprudence de la CourEDH qui est au bénéfice d'une importante marge de manœuvre, qu'elle exerce tantôt avec retenue (principes de subsidiarité et de la marge d'appréciation nationale ; N 571ss), tantôt de manière plus extensive (principe d'effectivité ; N 577ss)¹⁰⁷⁷.

V. Un approfondissement : la retenue dans l'exercice du pouvoir d'examen des tribunaux

- 665 Après quelques généralités (point A.), nous proposons ici une classification du contrôle exercé avec retenue (point B.). Puis, nous approfondissons, dans ce contexte, l'usage qu'il est fait de l'expression « sans nécessité » (point C.). Nous abordons ensuite les différentes justifications de cette retenue (point D.)

¹⁰⁷¹ Concernant l'indétermination des principes généraux du droit, cf. 2^{ème} partie, chap. 1, point VI.

¹⁰⁷² MOOR (2010), p. 115.

¹⁰⁷³ MOOR (2010), p. 158.

¹⁰⁷⁴ ATF 144 I 266.

¹⁰⁷⁵ ATF 146 I 185.

¹⁰⁷⁶ Cf. 3^{ème} partie, chap. 3, point III.

¹⁰⁷⁷ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point IV.

et la nécessité d'y prévoir des correctifs (point E). Enfin, nous formulons une synthèse intermédiaire (point F.).

A. Quelques généralités

Nous avons choisi d'approfondir ici la retenue que les tribunaux s'imposent dans certaines circonstances. Ce choix s'impose, d'une part, car cette problématique est centrale lorsqu'il s'agit de comprendre comment les autorités judiciaires font usage de leur pouvoir d'examen en pratique et, d'autre part, en raison de l'importante disparité avec laquelle cette problématique est abordée par la jurisprudence et la doctrine. Dès lors, il paraît nécessaire de proposer une classification du contrôle exercé avec retenue et de sa justification. 666

B. Une proposition de classification du contrôle exercé avec retenue

1. La démarche

La retenue adoptée par les tribunaux étant une *construction jurisprudentielle*, il est difficile d'énumérer les cas de figure dans lesquels elle est utilisée de manière exhaustive, tant l'approche est par essence casuistique et liée à une instance. En outre, dans la doctrine, les catégories de cas pour lesquelles une retenue dans l'exercice du pouvoir d'examen est admise, varient d'un auteur à l'autre¹⁰⁷⁸. 667

Dès lors, nous allons présenter les *catégories* de retenue lors de l'examen d'une question accordant une marge de manœuvre à l'autorité administrative, telles qu'elles sont dégagées de la jurisprudence et considérées comme compatibles avec l'ordre juridique. Cette classification met en exergue le fait que les autorités de contrôle tentent d'atteindre, par un nuancement détaillé lié au cas d'espèce, une densité d'examen (« *Prüfungsdichte* ») adéquate pour chaque situation¹⁰⁷⁹. 668

Nous proposons de faire cette classification de manière synthétique et, pour en faciliter la lecture, de rattacher les catégories – dans la mesure du possible – aux domaines du droit pour lesquelles elles sont pertinentes. Cependant, au vu 669

¹⁰⁷⁸ Parmi d'autres, voir BOVAY (2015), p. 571-572 ; CANDRIAN (2013), N 189 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1052.

¹⁰⁷⁹ MÜLLER (2016), p. 93.

de la richesse de la jurisprudence, il nous est impossible d'être exhaustif et les cas mentionnés sont utilisés à titre illustratif.

2. La retenue en présence d'un pouvoir d'appréciation

a. Une remarque introductive

670 La première catégorie concerne les décisions pour lesquelles les autorités administratives sont au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation, lequel est nécessaire à l'exercice d'une éventuelle retenue. En effet, en l'absence de questions d'appréciation, la retenue ne trouve pas de justification et est constitutive d'un déni de justice (N 644).

671 Dès lors, même si nous n'avons pas expressément qualifié la marge de manœuvre (de liberté d'appréciation ou de latitude de jugement) des catégories de retenue qui suivent, celle-ci est de toute façon liée au pouvoir d'appréciation. En effet, ce dernier, tel que défini, englobe tous les types de marge de manœuvre qui sont susceptibles d'entraîner une retenue (cf. N 299ss).

b. La latitude de jugement

672 L'administration au bénéfice d'une *latitude de jugement* va utiliser des connaissances spécifiques qui lui sont propres pour donner du sens à la notion juridique indéterminée¹⁰⁸⁰. Cela a pour conséquences que l'autorité de contrôle s'impose généralement une certaine retenue, dont l'étendue dépend de l'instance concernée (N 319-320)¹⁰⁸¹.

673 Dans ces cas de figure, l'autorité de contrôle se borne donc à vérifier si l'autorité administrative a établi complètement et exactement les faits pertinents et, sur cette base, tenu un juste compte des intérêts en jeu, sans prendre en considération des éléments étrangers à la norme¹⁰⁸². Cette vérification, comme l'écrivent MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, est « en quelque sorte méthodologique [ce] qui compense le déficit de contrôle matériel » dû à la retenue que s'impose le juge administratif¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ FELLER/MÜLLER (2009), p. 457-458.

¹⁰⁸¹ FELLER/MÜLLER (2009), p. 458.

¹⁰⁸² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 750.

¹⁰⁸³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 750.

Précisons que toutes les notions juridiques indéterminées n'accordent pas automatiquement une latitude de jugement à l'autorité (N 307). Il faut donc éviter que l'autorité de contrôle ne s'impose une retenue « par principe » dans l'interprétation de notions juridiques indéterminées, si cela n'est pas justifié par les différents motifs que nous allons examiner dans les catégories suivantes¹⁰⁸⁴.

c. La liberté d'appréciation

Au vu de sa composante hybride entre le droit et la politique, il se justifie de mentionner la retenue exercée par les juges lors du contrôle d'une liberté d'appréciation à part, mais néanmoins comme étroitement liée aux autres catégories. En effet, dans l'approche dualiste, la liberté d'appréciation, qui s'exprime à travers la notion d'opportunité, ne peut être revue que par un nombre restreint d'instances pour lequel ce contrôle est expressément prévu (N 496ss). Le contrôle de l'opportunité consiste à intervenir à l'intérieur du cadre légal, dans lequel l'autorité administrative a exercé sa liberté d'appréciation, et a donc une composante qui dépasse l'aspect juridique de la décision (N 491)¹⁰⁸⁵.

La procédure d'adjudication en *droit des marchés publics* est illustrative de cette problématique. En effet, le pouvoir adjudicateur est au bénéfice d'une grande liberté d'appréciation, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres¹⁰⁸⁶. En raison de l'exclusion du contrôle de l'opportunité, l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur au stade de l'application des critères d'adjudication et du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse devrait largement échapper au contrôle de l'autorité judiciaire¹⁰⁸⁷. Dès lors, elle ne peut intervenir qu'en cas d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation. Si l'autorité judiciaire substituait son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, elle jugerait en opportunité ce qui est, en l'espèce, interdit par la loi¹⁰⁸⁸.

Un autre exemple est celui de l'*aménagement du territoire*. En effet, selon le Tribunal fédéral, l'autorité de recours s'impose une retenue car elle doit « préserver la liberté d'appréciation dont [l'organe compétent pour adopter le plan] a besoin dans l'accomplissement de sa tâche »¹⁰⁸⁹. Un autre arrêt plus récent, mais dans le même domaine, précise que le tribunal compétent pour les recours en matière de droit des constructions du canton de Zurich, bien qu'au bénéfice d'un contrôle étendu à l'opportunité, ne peut annuler la décision de l'autorité communale que si cette dernière a outrepassé son pouvoir et sa liberté d'appréciation relevant de l'autonomie communale¹⁰⁹⁰. Ces deux arrêts

¹⁰⁸⁴ WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 2816.

¹⁰⁸⁵ MOOR/POLTIER (2011), p. 797.

¹⁰⁸⁶ ATF 141 II 353, consid. 3.

¹⁰⁸⁷ Arrêt du TF 2D_52/2011 du 10 février 2012, consid. 3.2.

¹⁰⁸⁸ ATF 141 II 353, consid. 3 et 141 II 14, consid. 2.3.

¹⁰⁸⁹ Arrêt du TF 1C_365/2010 du 18 janvier 2011, consid. 2.3 non publié in ATF 137 II 23.

¹⁰⁹⁰ ATF 145 I 52, consid. 3.2 ss.

du Tribunal fédéral illustrent bien la retenue que doit s'imposer l'autorité pourtant au bénéfice d'un contrôle étendu à l'opportunité. En outre, le raisonnement du Tribunal fédéral dans ces deux cas soulève la question de la substance à donner au contrôle de l'opportunité (N 633). En particulier, dans le second arrêt, l'annulation est permise seulement pour excès ou abus du pouvoir d'appréciation. Or, l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation est une question qui relève d'une erreur qualifiée de droit et non de l'opportunité.

3. La retenue en présence de connaissances locales et techniques

a. Les notions

- 678 Une retenue est de mise lorsque la résolution de l'affaire nécessite des *connaissances des circonstances locales* qu'une inspection des lieux ne suffit pas à donner. Cette assertion n'est valable que lorsqu'une expérience propre et une familiarité avec les lieux est nécessaire. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de prendre en considération les impératifs liés au trafic, à la protection de l'environnement ou des eaux par exemple. Ce motif de retenue est souvent invoqué en droit de l'aménagement du territoire et notamment pour les aspects de planification¹⁰⁹¹.
- 679 L'appréciation de *connaissances techniques* est qualifiée en allemand par l'expression de « *technisches Ermessen* »¹⁰⁹². La composante technique doit être comprise de manière large, englobant autant une expertise spécialisée, que des connaissances techniques, économiques ou scientifiques. Dans ce cas de figure, l'autorité de recours s'impose généralement une certaine retenue car elle considère que l'autorité inférieure (« *die Fachbehörde* ») est mieux à même – au vu de ses connaissances techniques du domaine en jeu – de peser les différents éléments et d'apporter une réponse à la question litigieuse¹⁰⁹³. Dès lors, elle ne s'écarte des éléments techniques spécialisés que lorsqu'il existe de sérieux motifs pour cela, en cas de contradictions manifestes ou de constatations manifestement inexacts¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹¹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1052 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 751 ; WULLSCHLEGER (2019), p. 720 ; ZIBUNG OLIVER/HOFSTETTER ELIAS, in : Praxiskommentar VwVG, art. 49, N 47.

¹⁰⁹² ATF 142 II 451, consid. 4.5.1 ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, art. 49 VwVG, N 9 ; SCHINDLER (2013a), p. 371 ; WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 2815.

¹⁰⁹³ ATF 131 II 680, consid. 2.3.2 ; ATAF 2011/47, consid. 5.1 ; WIEDERKEHR (2016), N 380.

¹⁰⁹⁴ ATF 142 II 451, consid. 4.5.1 ; Arrêt du TAF A-5571/2017 du 25 septembre 2019, consid. 2.2.

Cette retenue permet de respecter la marge de manœuvre de l'administration dans la concrétisation des notions juridiques indéterminées qui demandent des connaissances techniques spécialisées¹⁰⁹⁵. Ce pouvoir d'appréciation technique peut se retrouver dans l'évaluation d'une question de droit, de fait ou encore d'opportunité. Dès lors, et contrairement à ce que l'expression renvoie comme idée (« *Ermessen* » en tant que libre appréciation), ce motif de retenue ne se retrouve pas cantonné aux questions d'opportunité¹⁰⁹⁶. Au contraire, il est généralement invoqué en lien avec l'interprétation de notions juridiques indéterminées¹⁰⁹⁷. 680

b. La pratique des tribunaux en présence de connaissances techniques

(i) *La retenue des tribunaux fédéraux*

Au niveau fédéral, la question relative à la retenue est surtout pertinente pour le Tribunal administratif fédéral, vu le large pouvoir d'examen qui lui est conféré par l'art. 49 PA. Pour le Tribunal fédéral, cette question est en partie réglée par le catalogue de cas d'irrecevabilité de l'art. 83 LTF qui soustrait certains domaines techniques à son examen¹⁰⁹⁸. 681

Comme pour les connaissances locales, la retenue ne se justifie que si le tribunal *ne dispose pas des connaissances spécialisées* dans une étendue comparable à l'instance inférieure. Dans ce contexte, il faut donc distinguer entre, d'une part, les tribunaux administratifs spécialisés comme cela peut être le cas de certaines cours du Tribunal administratif fédéral¹⁰⁹⁹ ou comme ça l'était de ses prédécesseurs les Commissions de recours de la Confédération¹¹⁰⁰ et, d'autre part, les tribunaux administratifs généralistes qui ont à traiter de l'ensemble des domaines du droit public soumis à leur juridiction. 682

Après une analyse de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, BINDER allègue que ce dernier exerce sa retenue, en présence de connaissances techniques, de manière différente en fonction des cas. Le Tribunal administratif fédéral déclare généralement qu'il peut (« *kann* ») réduire son pouvoir d'examen. D'après son analyse, ce qui semble prévaloir concernant l'étendue 683

¹⁰⁹⁵ BINDER (2014), N 8.

¹⁰⁹⁶ BINDER (2014), N 11 ; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2015), N 1537.

¹⁰⁹⁷ BINDER (2014), N 8.

¹⁰⁹⁸ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1060.

¹⁰⁹⁹ Par exemple en droit d'asile, cf. ATAF 2010/54.

¹¹⁰⁰ Cf. ATF 130 II 449, consid. 4.1.

du pouvoir d'examen est de savoir si le Tribunal administratif fédéral est au bénéfice des compétences techniques nécessaires pour procéder à un examen sans retenue du cas¹¹⁰¹.

- 684 Le caractère admissible de la retenue que ce dernier s'impose a d'ailleurs été examiné à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral¹¹⁰². Il reconnaît que la retenue est possible à certaines conditions, comme lorsque l'autorité précédente est au bénéfice de connaissances spécifiques. Cependant, le Tribunal administratif fédéral doit examiner de manière approfondie les arguments des autorités précédentes. Il ne peut pas s'appuyer sans réserve sur le fait que ces autorités « prennent toujours la bonne décision », autrement cela viderait de son sens le contrôle opéré par une instance judiciaire indépendante¹¹⁰³. Par contre, on ne saurait attendre du Tribunal administratif fédéral qu'il fasse des investigations supplémentaires concernant des déclarations apportées par un organisme spécialisé – dans l'arrêt en question, *Swissmedic* – si ces dernières sont compréhensibles (« *nachvollziehbar* »). Dans ce cas de figure-ci, il appartient au demandeur de démontrer en quoi les déclarations ne sont pas correctes et pourquoi une expertise indépendante serait nécessaire¹¹⁰⁴.
- 685 Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral précise qu'en présence d'une expertise particulière qui fait défaut au tribunal, ce dernier peut mais *doit* aussi respecter ce pouvoir d'appréciation en matière technique (« *technische Ermessen* »). Il ne peut s'écarter de l'expertise que pour des motifs valables. En outre, il ne lui appartient pas de s'immiscer dans des questions politiques – en l'espèce, il s'agit de la politique énergétique concernant le nucléaire – qui relèvent de la compétence du Conseil fédéral et des autorités administratives qui lui sont subordonnées¹¹⁰⁵. Cet arrêt restreint le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral en lui imposant de limiter son examen dans certains cas. Dès lors, nous pouvons nous demander si cette restriction est valable seulement dans le domaine de l'énergie nucléaire ou aussi pour les autres domaines d'expertise techniques¹¹⁰⁶.
- 686 Pour respecter la *garantie d'accès au juge*, la retenue admise pour les questions techniques ne dispense absolument pas le tribunal – quel que soit son degré de spécialisation – d'examiner les aspects essentiels de la décision et d'effectuer les clarifications nécessaires avec soin et de manière

¹¹⁰¹ BINDER (2014), N 26.

¹¹⁰² Cf. les cas mentionnés par BINDER (2014), N 27-31 et en particulier les ATF 136 I 184, 139 I 172 et 139 I 185.

¹¹⁰³ ATF 136 I 184, consid. 2.1.

¹¹⁰⁴ ATF 136 I 184, consid. 2.2.2.

¹¹⁰⁵ ATF 139 II 185, consid. 9.3.

¹¹⁰⁶ BINDER (2014), N 31.

complète (N 673)¹¹⁰⁷. Cependant, une fois cet examen effectué, le tribunal ne s'écartera pas sans nécessité de l'avis de l'autorité précédente et en cas de doute ne substitue pas sa propre appréciation à celle de cette dernière qui est principalement responsable de la concrétisation et de l'application du droit¹¹⁰⁸.

Malgré tout, le tribunal conserve la possibilité de remettre en cause le rapport ou les déclarations d'un expert s'il n'en est pas convaincu¹¹⁰⁹. En outre, il examinera pleinement un cas si l'instance inférieure ne suit pas le contenu de l'expertise ou qu'il y a plusieurs expertises qui se contredisent sur des points essentiels¹¹¹⁰ ou encore qu'il a effectué lui-même certaines mesures d'instructions¹¹¹¹. 687

(ii) *Quelques exemples de retenue en présence de connaissances techniques*

Il existe de nombreux cas où l'autorité de première instance est au bénéfice de connaissances spécialisées justifiant une potentielle retenue. Tel est par exemple le cas du domaine médical, des examens des hautes écoles ou encore celui de l'énergie. 688

Cette retenue s'exprime dans l'examen de certaines questions relatives au *domaine médical*, comme le pouvoir d'appréciation de *Swissmedic* pour émettre des directives concernant la publicité de certains médicaments¹¹¹², l'admission d'un médicament dans la liste des spécialités à prendre en charge par les caisses-maladies ou la reconnaissance d'une thérapie comme traitement médical scientifiquement reconnu¹¹¹³. Toujours dans ce domaine, il est également admis que l'autorité de recours s'impose une retenue lorsqu'elle revoit des questions relatives à la fixation de tarifs pour lesquelles l'autorité précédente s'est appuyée sur l'avis du surveillant des prix, se prononçant en tant que service spécialisé. À l'inverse, si la solution retenue par l'autorité précédente s'écarte de l'avis du surveillant des prix, elle n'accorde pas de primauté à l'avis de l'un ou l'autre¹¹¹⁴. 689

¹¹⁰⁷ ATF 135 II 384, consid. 2.2.2 et 131 II 680, consid. 2.3.2 ; ATAF 2011/47, consid. 5.1.

¹¹⁰⁸ ATF 133 II 35, consid. 3 ; ATAF 2011/47, consid. 5.1.

¹¹⁰⁹ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (2013) N 2.154.

¹¹¹⁰ ATAF 2010/25, consid. 2.4 ; ZIBUNG OLIVER/HOFSTETTER ELIAS, in : Praxiskommentar VwVG, art. 49, N 46.

¹¹¹¹ PAYCHÈRE (2000), p. 543.

¹¹¹² ATAF 2013/55, consid. 2.1.

¹¹¹³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 752.

¹¹¹⁴ ATAF 2010/25, consid. 2.4.

- 690 Cette retenue – sur les aspects matériels et non pas sur l'interprétation et l'application des dispositions légales ou un éventuel vice de procédure¹¹¹⁵ – est également admise dans le cadre d'un recours contre *un échec à un examen d'une haute école* lorsque l'évaluation de celui-ci laisse place à une certaine appréciation¹¹¹⁶. Dans ce cas, l'autorité de recours limite sa cognition et n'intervient donc pas sans nécessité, non seulement par faute de connaissances techniques, mais également par souci d'égalité de traitement entre les candidats¹¹¹⁷. En effet, il est difficile pour l'autorité de recours de connaître tous les facteurs pertinents de l'évaluation et elle n'est donc pas en mesure de se faire une image fiable de la performance de la personne recourante ainsi que celle des autres candidats¹¹¹⁸. Le Tribunal fédéral est d'ailleurs explicitement limité par l'art. 83 let. t LTF lorsque la décision d'exmatriculation ou d'élimination est en lien avec une évaluation des capacités de l'étudiant évincé, ce qui a comme corollaire qu'il ne peut traiter ces cas que sous l'angle du recours constitutionnel subsidiaire¹¹¹⁹.
- 691 Cette limitation du pouvoir d'examen implique notamment que les autorités judiciaires ne vont pas évaluer l'examen lui-même mais seulement examiner si l'évaluation respecte les principes juridiques pertinents¹¹²⁰. Cependant, la limitation, par un tribunal cantonal, de sa cognition à l'arbitraire n'est pas compatible avec la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.) et, s'il agit comme seule instance judiciaire avant le Tribunal fédéral, avec les prescriptions de l'art. 110 LTF (N 645)¹¹²¹. Relevons encore que le Tribunal fédéral ne fait pas exception aux principes exposés ci-dessus lorsqu'il revoit un examen de droit¹¹²².
- 692 Tel est également le cas de certaines questions liées au domaine de *l'énergie*, comme la fixation des tarifs d'électricité. En effet, si la Commission fédérale de l'électricité (EiCom) est notamment chargée de réviser les tarifs d'électricité et peut ordonner des réductions ou interdire des augmentations (art. 22 al. 2 let. b de la loi sur l'approvisionnement en électricité [LApEI]¹¹²³), la fixation des tarifs d'électricité est du ressort des gestionnaires de réseaux (art. 6 LApEI). Dès lors, l'EiCom n'est tenue d'intervenir qu'en cas de violation de

¹¹¹⁵ ATAF 2010/10, consid. 4.1 et 2008/14, consid. 3.3.

¹¹¹⁶ ATF 136 I 229, consid. 5.4.1.

¹¹¹⁷ ATAF 2010/10, consid. 4.1 ; SCHINDLER (2013), p. 57 ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, art. 49 VwVG, N 11.

¹¹¹⁸ ATAF 2010/10, consid. 4.1 et 2008/14, consid. 3.1.

¹¹¹⁹ ATF 136 I 229, consid. 1 ; Arrêt du TF 2C_946/2020 du 18 février 2021, consid. 1.1.

¹¹²⁰ ATF 136 I 229, consid. 5.4.1 ; GEISSBÜHLER (2016), N 421 ; SCHINDLER (2013), p. 56-57.

¹¹²¹ Arrêt du TF 2C_212/2020 du 17 août 2020, consid. 3.

¹¹²² Dans ce sens, l'arrêt du TF 2D_70/2011 du 11 juin 2012 qui porte sur l'échec à un examen de droit pénal ; GEISSBÜHLER (2016), N 420.

¹¹²³ Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007, RS 734.7.

la loi et ne peut s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation des gestionnaires de réseaux. En outre, quand l'autorité de surveillance est limitée à un contrôle de la légalité, le Tribunal administratif fédéral ne peut pas non plus s'immiscer dans cette sphère d'appréciation. Au contraire, il doit vérifier que l'autorité de surveillance respecte ce pouvoir d'appréciation¹¹²⁴.

4. La retenue en présence de mesures internes à l'administration

Dans les cas touchant à des *questions purement internes à l'administration*,
comme l'appréciation des compétences, l'embauche, des questions d'organi- 693
sation internes, de collaboration ou de rapport de confiance, le tribunal s'im-
pose également une retenue. En cas de doutes sur ces mesures internes et pour
autant qu'elles respectent les exigences de la légalité, le tribunal ne s'écarte
pas de l'appréciation de l'instance inférieure et s'abstient donc d'y substituer
son appréciation. Il se contente de vérifier que les mesures d'organisation in-
ternes sont prises sur des bases sérieuses et objectives et non pas pour influen-
cer une relation particulière de travail¹¹²⁵.

Par exemple, dans le cadre d'un engagement soumis à la loi sur le personnel de la Con- 694
fédération (LPers)¹¹²⁶, l'autorité d'engagement dispose d'un large pouvoir d'appré-
ciation voulu par le législateur, dès lors que cette loi ne garantit aucun droit à la nomina-
tion, ni ne prévoit de règles à propos de la procédure relative à la sélection des candidats
engagés par le Conseil fédéral. Le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative
fédérale, en tant que futur employeur, s'exerce donc autant pour déterminer si les can-
didats remplissent les conditions d'engagement énoncées dans la mise au concours que
pour déterminer lequel des candidats est le plus apte à remplir la fonction concernée.
Le tribunal est donc dans une moins bonne position que l'autorité administrative pour
évaluer les compétences demandées qui sont propres à chaque domaine et, dès lors, ne
s'écartera pas sans nécessité de l'appréciation de l'autorité inférieure¹¹²⁷.

5. La retenue en présence de motifs d'ordre politique

Il est difficile de rattacher cette catégorie à un domaine particulier, puisque, 695
dans tous les domaines du droit public, des motifs d'ordre (micro-)poli-
tiques entrent en considération. Ceux-ci sortent, par définition, du domaine ju-
ridique et, à ce titre, sont exclus du contrôle de la légalité opéré par les tribu-
naux. Cet aspect met en exergue les différences de fonctions entre les acteurs

¹¹²⁴ ATF 142 II 451, consid. 4.5.2 ; WIEDERKEHR/PLÜSS (2020), N 2774.

¹¹²⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1052 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (2013) N 2.160
avec références à la jurisprudence ; ZIBUNG OLIVER/HOFSTETTER ELIAS, in : Praxiskom-
mentar VwVG, art. 49, N 48.

¹¹²⁶ Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers), RS 172.220.1.

¹¹²⁷ ATAF 2010/53, consid. 9.1-9.2.

étatiques (N 141ss). En effet, si le juge a une responsabilité dans le contrôle concret de l'application des normes, conformément au principe de la légalité, l'administration a, en plus de cette responsabilité légale, une responsabilité (politique) de mise en œuvre du droit de manière efficace ainsi que de défense des intérêts de la Suisse (N 146).

696 Dans ces cas, la norme est rédigée de manière à laisser une marge de manœuvre à l'administration. À titre d'exemples, nous pouvons citer les motifs de politique économique qui guident l'admission de médicaments sur la liste des spécialités ou, en aménagement du territoire, les procédures complexes où une multitude d'intérêts publics, à pondérer entre eux, entrent en considération¹¹²⁸.

697 Les tribunaux peuvent également s'imposer une certaine retenue lorsque la décision présente un caractère *politique*.

698 Tel est le cas d'une décision de naturalisation ordinaire pour laquelle l'autorité administrative – dans ce cas, le SEM – disposant d'un large pouvoir d'appréciation doit évaluer si le requérant constitue une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse et en particulier dans ses relations avec l'étranger (notions juridiques indéterminées). En regard de ses implications politiques, le refus de l'octroi de l'autorisation fédérale pour ce motif poursuit « un objectif dont la mise en œuvre est dévolue aux autorités gouvernementales et relève en principe d'un pouvoir discrétionnaire soustrait au contrôle judiciaire »¹¹²⁹. Dans cette hypothèse, l'autorité judiciaire ne s'écartera dès lors pas sans nécessité de la conception de l'autorité inférieure disposant d'un important pouvoir d'appréciation, pour autant que cette dernière ait correctement examiné tous les points essentiels au rendu de la décision et ait procédé de manière soigneuse et complète aux vérifications nécessaires¹¹³⁰.

6. La retenue en présence de pratiques administratives

699 Comme nous l'avons déjà mentionné, selon GAVILLET, la pratique administrative « doit être définie matériellement dans le sens qu'elle exprime la manière dont une autorité fait usage du pouvoir d'appréciation qui lui est octroyé par la réglementation dans un cas donné » (N 189)¹¹³¹. Dès lors, lorsque l'autorité de première instance se réfère à *des lignes de conduite internes à l'administration* (en particulier les ordonnances administratives¹¹³²), le

¹¹²⁸ ATF 137 II 23, consid. 4.3ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 753-754.

¹¹²⁹ ATAF 2019 VII/5, consid. 6.4 avec références.

¹¹³⁰ ATAF 2019 VII/5, consid. 6.4.

¹¹³¹ GAVILLET (2018), N 258.

¹¹³² ATAF 2011/1, consid. 6.4, pour les directives en droit des personnes étrangères.

tribunal s'impose une certaine retenue dans son examen, pour autant que ces dernières soient compatibles avec le droit supérieur¹¹³³.

En effet, la fonction principale de la pratique administrative est d'assurer une application uniforme et égale du droit administratif en fournissant des lignes directrices qui encadrent la concrétisation du pouvoir d'appréciation de l'administration¹¹³⁴. Dès lors, bien que les tribunaux ne soient en général pas liés par ces ordonnances administratives du fait de l'indépendance judiciaire dont ils jouissent, ils ne s'en écartent pas pour autant sans nécessité¹¹³⁵. 700

Cette retenue est d'autant plus justifiée quand les directives ont été élaborées en collaboration avec les associations professionnelles intéressées et peuvent ainsi prétendre à la présomption d'une conciliation appropriée et équilibrée des intérêts entre les différents acteurs¹¹³⁶. 701

Cette catégorie de retenue peut être mise en lien avec celle relative aux motifs politiques (N 695ss), puisqu'elle cristallise les orientations politiques de l'administration¹¹³⁷. 702

C. L'usage de l'expression « sans nécessité » par les tribunaux

La retenue que s'impose l'autorité est appréhendée dans la doctrine sous l'appellation « *Ohne-Not-Praxis* » à la suite de la formule employée dans la jurisprudence. Cette expression apparaît déjà dans la jurisprudence de la fin du XIX^{ème} siècle lorsque le Tribunal fédéral doit revoir des questions d'application du droit constitutionnel cantonal. Il justifie cette retenue par la subsidiarité du contrôle fédéral dans des questions relatives à l'interprétation des dispositions des constitutions cantonales par la plus haute juridiction du canton¹¹³⁸. À ce moment, le Tribunal fédéral venait d'hériter de la compétence de connaître de ce type de litiges et les autorités politiques compétentes avant lui exerçaient leur examen avec retenue. Dès lors, il a perpétué la pratique déjà existante¹¹³⁹. 703

¹¹³³ GAVILLET (2018), N 275.

¹¹³⁴ GAVILLET (2018), N 258 ; MANFRINI (1978), p. 26 ; TANQUEREL (2018), N 364.

¹¹³⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1052 ; BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, art. 49 VwVG, N 14.

¹¹³⁶ HANGARTNER (2005), p. 319 et 336 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1052 ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, art. 49 VwVG, N 14.

¹¹³⁷ GAVILLET (2018), N 261 ; MANFRINI (1978), p. 28.

¹¹³⁸ ATF 1 314, p. 316 ; SCHINDLER (2010), N 234 et les références à la jurisprudence dans la N 1074.

¹¹³⁹ LEUTHOLD (1992), p. 126-132.

- 704 Dans la deuxième partie du XX^{ème} siècle, elle est employée en lien avec d'autres problématiques de la marge de manœuvre. Ainsi, on la retrouve dans un cas relevant du domaine de l'horlogerie où le Tribunal fédéral expose que, bien qu'au bénéfice d'une pleine cognition, il ne s'écarte pas *sans nécessité* de l'avis du Département fédéral de l'économie publique, désigné comme instance compétente pour juger des questions techniques dans ce domaine¹¹⁴⁰. Dans les cas de figure concernés, cette pratique implique donc que l'autorité de recours ne s'écarte pas de la décision attaquée sans nécessité (« *nicht ohne Not* »)¹¹⁴¹.
- 705 À cet égard, il ressort de la jurisprudence que l'autorité de recours ne va *pas changer une décision opportune par une autre décision opportune*, sauf dans les cas où elle est également au bénéfice de connaissances spécialisées équivalentes à celles de l'autorité inférieure¹¹⁴² ou que la décision apparaît comme objectivement inopportune¹¹⁴³. Cette retenue que s'impose l'autorité a été beaucoup débattue, voire critiquée¹¹⁴⁴, dans la doctrine mais est largement considérée comme objectivement justifiée ou du moins inévitable¹¹⁴⁵ comme nous le verrons dans le point qui suit sur la justification de l'exercice différencié de la retenue (point D.).
- 706 La question de savoir si l'utilisation de l'expression « *sans nécessité* » doit être cantonnée à la retenue exercée dans l'examen du grief de l'opportunité ne fait pas l'unanimité en doctrine et certains auteurs l'utilisent également pour qualifier la retenue que l'autorité de recours s'impose dans l'examen de questions relatives à une décision pour laquelle l'autorité était au bénéfice d'une latitude de jugement ou lorsqu'elle a procédé à un mauvais établissement des faits¹¹⁴⁶. À cet égard, HANGARTNER précise que, bien qu'originellement liée aux questions d'opportunité (« *Ermessensfragen* »), on peut aussi considérer une

¹¹⁴⁰ ATF 78 I 464, p. 469, voir aussi ATF 79 I 378, p. 383 ; EGGENSCHWILER (1962), p. 487 ; LENDI (1958), p. 124.

¹¹⁴¹ ATAF 2010/25, consid. 2.4.1 et 2010/10, consid. 4.1 ; RHINOW ET AL. (2014), N 1131.

¹¹⁴² FELLER/MÜLLER (2009), p. 442 et 452 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 26 N 22 ; WIEDERKEHR (2016), N 381.

¹¹⁴³ ATAF 2010/53, consid. 9.1.

¹¹⁴⁴ WOLFFERS (1957), p. 395.

¹¹⁴⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1050 ; FELLER/MÜLLER (2009), p. 442 et 452-453 ; HANGARTNER (2005), p. 319 et 330 ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, art. 49 VwVG, N 3.

¹¹⁴⁶ ATAF 2010/25, consid. 2.4.1 ; Auteurs utilisant la « *Ohne-Not-Praxis* » aussi pour les questions liées à la légalité : HANGARTNER (2005), p. 319 et 324 ; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2015), N 1535 ; ZIBUNG OLIVER/HOFSTETTER ELIAS, in : Praxiskommentar VwVG, art. 49.

« *Ohne-Not-Praxis* » de même nature en lien avec l'application de notions juridiques indéterminées¹¹⁴⁷.

Cette vision de la « *Ohne-Not-Praxis* » comme valant tant pour la retenue en présence de notions juridiques indéterminées que pour la retenue envers les questions d'opportunité met en exergue les difficultés à appréhender la pratique de manière dogmatiquement satisfaisante¹¹⁴⁸. À notre sens, cela constitue également un argument pour une approche unitaire du pouvoir d'appréciation et transparaît dans notre classification par l'usage multiple et diversifié de l'expression « sans nécessité » que nous avons repris des textes jurisprudentiels et doctrinaux. En effet, elle est employée dans toutes les catégories de retenue lorsque l'autorité de première instance est au bénéfice d'une expertise technique (N 690 et 686), dans les relations internes à l'administration (N 694), pour les motifs d'ordre politique (N 697) ainsi que les pratiques administratives (N 699).

707

D. La justification de l'exercice différencié du pouvoir d'examen

1. La démarche

Au premier abord, il peut paraître difficile de comprendre comment les tribunaux exercent leur contrôle et quand ils s'imposent une certaine retenue. Il n'est d'aucun secours de se tourner vers les lois de procédure qui tracent seulement schématiquement les différentes catégories de motifs de recours, sans pour autant nous donner des indices sur la manière de définir si une question relève, par exemple, de la légalité ou de l'opportunité de la décision (N 652).

708

Cependant, si on l'analyse, leur approche n'est pas « irrationnelle » mais liée à un domaine du droit et adaptée à ses spécificités¹¹⁴⁹. Un indice, permettant son identification, en est les « *formules de repli* » utilisées par la jurisprudence, telles que « la retenue dans l'examen » (« *die Zurückhaltung* »), « pas sans nécessité » (« *Ohne-Not-Praxis* » ; N 703) ou encore « auto-restriction »¹¹⁵⁰.

709

¹¹⁴⁷ HANGARTNER (2005), p. 319 et 334-335.

¹¹⁴⁸ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 1050.

¹¹⁴⁹ MÜLLER (2016), p. 93 ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 49 VwVG, N 8 et 19 ; SCHINDLER (2013), p. 54.

¹¹⁵⁰ MÜLLER (2016), p. 93-94 ; SCHINDLER (2013a), p. 367.

- 710 Cette rationalité relative permet d'assurer la prévisibilité des décisions et à l'administré de savoir quels griefs il peut invoquer devant le Tribunal et comment ils seront effectivement examinés ; cela est indispensable afin de respecter les principes de sécurité du droit et d'égalité de traitement¹¹⁵¹. C'est ce que nous clarifions en proposant une classification des différents motifs pour lesquels l'autorité s'impose une certaine retenue (N 667ss).
- 711 Sur cette base, nous pouvons dégager deux grandes catégories de motifs invoqués pour justifier la densité du contrôle – tantôt élevée, tantôt plus faible – d'un tribunal (« *die Prüfungsdichte* ») que nous allons développer ici. La première catégorie est *directement en lien avec la formulation* des normes, telle leur densité normative (point 2.). La seconde est plutôt systémique, *rattachée au contexte* qui entoure la décision. En effet, l'étendue du contrôle varie en fonction de l'autorité appelée à rendre la décision (sa fonction ; point 3.), le degré de spécialisation de ses connaissances (point 4.) et le modèle d'organisation politique de la Suisse, à savoir le fédéralisme et la garantie de l'autonomie communale (point 5.).

2. La densité normative

- 712 La première catégorie de motifs est celle liée à la *densité de la norme*, à savoir si cette dernière comporte une notion juridique indéterminée ou une liberté d'appréciation qui diminue sa densité. À cet égard, le verbe « pouvoir » (disposition potestative), qui exprime généralement une liberté d'appréciation, peut être considéré comme « un cas extrême » de notion juridique indéterminée¹¹⁵². Dans ces deux cas de figure, la norme accorde une marge de manœuvre à l'autorité administrative que le juge se doit de respecter.
- 713 En marge de la formulation de la norme elle-même, il peut également se présenter le cas où le législateur a directement prévu à l'intérieur de la loi qu'une marge de manœuvre devait être réservée à l'autorité inférieure. Tel est le cas de l'art. 2 al. 3 LAT qui prévoit expressément que « [l]es autorités chargées de l'aménagement du territoire veillent à laisser aux autorités qui leur sont subordonnées en cette matière *la liberté d'appréciation nécessaire* à l'accomplissement de leur tâches »¹¹⁵³. Cependant, cet article n'a pas la même portée si l'autorité de recours est au bénéfice d'un pouvoir d'examen étendu à la légalité et à l'opportunité. En effet, dans le second cas, il n'a qu'une portée limitée puisque l'examen de l'opportunité a justement trait à des questions

¹¹⁵¹ Dans ce sens, BINDER (2014), N 47-48.

¹¹⁵² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 738.

¹¹⁵³ La mise en italique a été rajoutée par nous.

d'appréciation¹¹⁵⁴. Selon TSCHANNEN, si plusieurs mesures appropriées sont envisageables, le choix doit en principe être laissé à l'autorité subordonnée. En outre, si la solution retenue est considérée comme inappropriée, l'autorité supérieure ne peut substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité compétente, mais doit renvoyer l'affaire à cette dernière pour nouvelle décision¹¹⁵⁵.

Comme nous l'avons déjà développé, une *densité normative plus faible* est admise – voire est nécessaire – dans certains cas (N 151ss et 161). Cela a généralement pour conséquence d'accorder une marge de manœuvre à l'autorité de première instance. La retenue, que l'autorité de recours s'impose dans ce cas de figure, illustre donc le principe de la séparation des pouvoirs et les différences de fonctions entre l'administration et les tribunaux (N 142). Ce dernier aspect mérite quelques éclaircissements. En effet, bien que le tribunal analyse la même norme, il est « seulement » chargé de revoir la légalité d'une décision alors que l'administration, en plus d'appliquer le droit, administre¹¹⁵⁶. 714

Cependant, peu importe la retenue que l'autorité de recours s'impose, elle doit de toute façon examiner la compatibilité de la décision avec le droit et intervenir dès qu'il y a une illégalité simple ou qualifiée, à savoir en cas d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation par l'autorité inférieure¹¹⁵⁷. 715

3. La responsabilité des autorités

Un deuxième motif souvent invoqué à l'appui de la retenue ne ressort pas directement de la loi, ni du cas d'espèce, mais a trait à l'environnement dans lequel celui-ci prend place, à l'instance concernée et plus généralement au système suisse. Il découle de la séparation des fonctions entre le pouvoir judiciaire et l'administration (N 125). Dès lors, la densité du pouvoir d'examen dans un cas concret dépend de l'aptitude *fonctionnelle* d'un tribunal à examiner certaines questions, ce qui découle du principe fondamental selon lequel chaque autorité étatique est tenue d'assumer sa tâche conformément à sa fonction¹¹⁵⁸. 716

En Suisse, l'administration dispose d'une *position forte* grâce à son expertise spécialisée, son pouvoir d'émettre des directives ainsi que l'influence qui en découle sur la législation. Le contrôle des activités de cette dernière revêt donc 717

¹¹⁵⁴ TSCHANNEN PIERRE, art. 3 LAT, in : Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (édit.), Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, N 81-82.

¹¹⁵⁵ TSCHANNEN PIERRE, art. 3 LAT, in : Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (édit.), Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, N 82.

¹¹⁵⁶ MÜLLER (2016), p. 94.

¹¹⁵⁷ DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 424 et 452-458 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 750.

¹¹⁵⁸ WULLSCHLEGER (2019), p. 719.

une grande importance dans notre Etat de droit. C'est pourquoi une retenue dans l'exercice du pouvoir d'examen ne doit être admise qu'à certaines conditions¹¹⁵⁹.

- 718 En outre, pour l'administration, le droit est un *moyen de gestion* : cette dernière dirige une action dans le but d'atteindre un objectif concret qui va modifier une situation de fait avec en toile de fond la poursuite de l'intérêt public. Cela implique également que pour atteindre ce but, l'administration a besoin d'une certaine souplesse qui est concrétisée notamment à travers les notions juridiques indéterminées et les dispositions potestatives. Le corollaire de cette marge de manœuvre est que l'administration supporte, en plus d'une responsabilité juridique, une responsabilité de nature politico-administrative¹¹⁶⁰. En effet, en cas de mauvaises prédictions de l'administration dans le cadre de sa politique publique, les administrés ne vont pas se tourner vers le Tribunal fédéral mais vers l'Etat (en particulier son exécutif). Il est donc normal que les tribunaux ne s'immiscent pas dans des considérations pour lesquelles ils ne portent pas de responsabilité¹¹⁶¹.
- 719 Enfin, l'autorité de recours n'examine que des cas individuels et concrets pour lesquels les personnes impliquées ont fait recours. Dès lors, cela ne représente qu'une partie des décisions – et en particulier celles négatives – rendues par l'administration¹¹⁶². Or une *vue d'ensemble* est parfois nécessaire pour procéder à une évaluation pertinente de la problématique et ainsi éviter toute inégalité de traitement. Tel est par exemple le cas pour des subventions dans le domaine de la culture, où il faut pouvoir comparer le projet avec les autres projets proposés pour avoir une vision d'ensemble¹¹⁶³.

4. Les connaissances spécialisées

- 720 La retenue varie selon le domaine en jeu et selon les *compétences et expériences spécifiques* de l'autorité de recours dans cette matière¹¹⁶⁴. En effet, la retenue que l'autorité de contrôle s'impose n'est admise que si cette dernière ne dispose pas des mêmes connaissances spécialisées que l'autorité administrative. Si l'instance de recours est au bénéfice des mêmes connaissances que l'autorité administrative et que son pouvoir d'examen s'étend à l'opportunité, cette dernière ne doit préserver la solution de l'instance inférieure que si elle a

¹¹⁵⁹ HANGARTNER (2005), p. 319 et 326.

¹¹⁶⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 753 ; MOOR (2005), p. 75.

¹¹⁶¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 753-754.

¹¹⁶² SCHINDLER (2013a), p. 370.

¹¹⁶³ SCHINDLER (2013), p. 55.

¹¹⁶⁴ PAYCHÈRE (2000), p. 541.

vérifié qu'aucune autre solution ne parait plus opportune (N 715)¹¹⁶⁵. Le même raisonnement est valable pour les questions relevant de la légalité lorsque le tribunal est au bénéfice de compétences spécialisées¹¹⁶⁶.

Il est fait mention de la notion de *spécialiste* pour une personne qui a des connaissances approfondies dans un domaine déterminé et restreint. Pour évaluer les connaissances d'une personne, les critères suivants sont pertinents : ses diplômes universitaires, sa carrière professionnelle et son activité doctrinale¹¹⁶⁷. Il existe deux possibilités pour une instance judiciaire d'être considérée comme ayant des connaissances spécialisées : soit *le tribunal est spécialisé* et ne traite les litiges relatifs qu'à un seul domaine, soit c'est un *tribunal généraliste auquel sont intégrées une ou plusieurs cours spécialisées*¹¹⁶⁸. 721

La première option se retrouve encore dans certains cantons qui sont au bénéfice de cours avec des juges spécialisés (« *Fachrichter* ») comme des ingénieurs, architectes, médecins ou économistes, qui leur permettent d'avoir une expertise technique¹¹⁶⁹. Cependant, même si un diplôme juridique n'est pas formellement requis, il existe de moins en moins de juges laïcs¹¹⁷⁰. Au niveau fédéral, c'est également le cas du Tribunal fédéral des brevets qui est composé d'environ un tiers de juges avec une formation juridique et deux tiers au bénéfice d'une formation technique (par exemple chimie, physique, électrotechnique)¹¹⁷¹. 722

Les cours de droit social du Tribunal fédéral ou les cours spécialisées du Tribunal administratif fédéral constituent des exemples d'instances avec des cours spécialisées¹¹⁷². Concernant en particulier le Tribunal administratif fédéral, ces cours sont réparties par domaine et il possède également des services scientifiques, rattachés à son Secrétariat général. Ces services fournissent, outre l'accès à diverses informations, une expertise dans des domaines non juridiques tels que l'économie d'entreprise, l'économie publique et les analyses-pays¹¹⁷³. Dans le domaine du droit des personnes étrangères, cela lui 723

¹¹⁶⁵ FELLER/MÜLLER (2009), p. 442 et 452 ; ZIBUNG OLIVER/HOFSTETTER ELIAS, in : Praxis-kommentar VwVG, art. 49, N 49.

¹¹⁶⁶ HANGARTNER (2007), p. 159 et 172 ; SCHINDLER (2013), p. 55.

¹¹⁶⁷ FAVRE (2009), p. 102.

¹¹⁶⁸ RÜEFLI (2013), p. 4.

¹¹⁶⁹ SCHINDLER (2013), p. 55.

¹¹⁷⁰ BEUSCH (2013), p. 2.

¹¹⁷¹ Tribunal fédéral des brevets, Juges, <https://www.bundespatentgericht.ch/fr/le-tribunal/juges/> (consulté le 10 avril 2022).

¹¹⁷² FAVRE (2009), p. 106.

¹¹⁷³ Tribunal administratif fédéral, Services scientifiques, <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/organisation/le-secretaire-general/services-scientifiques.html> (consulté le 10 avril 2022).

permet d'exercer un contrôle étendu. En particulier, en droit d'asile où ce dernier est considéré avoir des connaissances équivalentes à celles du SEM et ne s'impose donc pas de retenue dans l'examen des questions spécifiques telles que l'examen de la qualité de réfugié ou les analyses-pays pour les pays d'origine des requérants d'asile¹¹⁷⁴.

724 À l'inverse, l'autorité de recours peut (et doit) s'imposer une certaine retenue lorsque l'autorité inférieure est au bénéfice de *connaissances spécialisées* ou d'une *proximité* avec l'objet du litige qui lui accorde une place privilégiée dans la prise en compte des différents éléments nécessaires à la prise de décision¹¹⁷⁵. Cette proximité peut être géographique, structurelle ou alors découler de la spécialisation de l'autorité inférieure qui lui permet de développer des compétences spécifiques.

725 Précisons encore dans ce cadre que les autorités de recours sont des *autorités apprenantes* : plus souvent elles seront confrontées à certaines questions spécifiques et plus leurs compétences se spécialiseront¹¹⁷⁶. Elles pourront ainsi se référer aux expériences passées et comparer les procédures. Dès lors, il n'est pas possible de généraliser la retenue, ni indépendamment d'un domaine spécifique, ni indistinctement pour toutes les instances judiciaires cantonales qui n'auront pas forcément la même densité de contrôle, puisque celui-ci dépend des connaissances propres de chaque tribunal dans un domaine spécifique¹¹⁷⁷.

5. Le fédéralisme et l'autonomie communale

726 Enfin, il nous faut encore aborder le motif du *fédéralisme* qui est à lire en lien avec une retenue en présence de connaissances locales de l'autorité précédente (N 678). Une retenue, à ce titre, est en particulier admise lorsqu'une autorité fédérale revoit une décision rendue par une instance cantonale. Cette constellation se retrouve principalement lors d'un recours contre une décision cantonale auprès du Tribunal fédéral. Elle est, par contre, selon SCHINDLER, quasi-inexistante devant le Tribunal administratif fédéral qui revoit principalement des décisions émanant d'autorités fédérales. En effet, il est peu probable que les circonstances locales soient plus familières à l'administration fédérale, généralement organisée de manière centralisée, qu'au Tribunal administratif fédéral¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁴ Notamment ATAF 2010/54, 2014/26 et 2015/2.

¹¹⁷⁵ ATF 142 II 451, consid. 4.5.1 ; BOVAY (2015), p. 571-572.

¹¹⁷⁶ RÜEFLI (2013), p. 6 et 8 ; SCHINDLER (2013), p. 55.

¹¹⁷⁷ WULLSCHLEGER (2019), p. 721.

¹¹⁷⁸ SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, art. 49 VwVG, N 18.

Ce motif est lié à celui de l'*autonomie communale*. En effet, lorsque la question litigieuse touche à un domaine qui ressort de l'autonomie communale protégée par la Constitution fédérale (art. 50 Cst.), l'autorité de contrôle doit la respecter¹¹⁷⁹. Les communes sont autonomes dans un domaine si le droit cantonal ne le régit pas de manière exhaustive, mais laisse à la commune le soin de le réglementer en tout ou en partie, ce qui peut lui conférer une liberté de décision relativement importante¹¹⁸⁰. Les communes peuvent également être autonomes dans l'application du droit fédéral. À cet égard, la présence de notions juridiques indéterminées peut constituer un indice d'une autonomie¹¹⁸¹. Dans tous les cas, si l'autonomie communale est garantie par la Constitution, il revient aux cantons d'en déterminer l'étendue, à savoir la portée et le contenu dans chaque cas¹¹⁸².

727

Cet examen a lieu en deux temps : d'abord, la question de savoir si l'objet litigieux entre dans le champ de protection de la garantie est examinée, puis si la garantie a effectivement été violée¹¹⁸³. De manière générale, les tribunaux s'imposent une certaine retenue pour revoir l'application de dispositions édictées par une commune ou une autre corporation de droit public dans le cadre de son autonomie ou lorsque la commune a une marge de manœuvre correspondante dans l'application du droit cantonal ou fédéral¹¹⁸⁴. Quant au Tribunal fédéral, il ne revoit librement une affaire que s'il s'agit de faire respecter le droit fédéral ou le droit constitutionnel cantonal. Son pouvoir d'examen est limité à l'arbitraire lorsque l'autonomie communale repose sur une loi cantonale, ce qui représente le cas le plus fréquent¹¹⁸⁵.

728

L'autonomie communale est donc un *facteur limitant* le pouvoir d'examen de l'autorité de recours, même si celle-ci dispose d'un contrôle étendu à l'opportunité¹¹⁸⁶. En effet, dans un cas d'aménagement du territoire, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal cantonal qui substituait sa propre appréciation à celle des autorités communales, qui avaient correctement procédé à la mise en balance des intérêts en jeu et avaient opéré un choix raisonnable et cohérent (concernant les parcelles litigieuses) au regard de l'ensemble du plan, violait l'autonomie de la commune et son arrêt devait donc être annulé¹¹⁸⁷.

729

¹¹⁷⁹ SCHINDLER (2012a), p. 155.

¹¹⁸⁰ ATF 145 I 52, consid. 3.1 et 138 I 242, consid. 5.2 ; MALINVERNI ET AL. (2021), N 271 ; MÜLLER (2020), N 1 ; STEINER/KAISER (2013), p. 143.

¹¹⁸¹ MALINVERNI ET AL. (2021), N 293 et 295.

¹¹⁸² MÜLLER (2020), N 2.

¹¹⁸³ MALINVERNI ET AL. (2021), N 311 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), p. 457.

¹¹⁸⁴ ATF 137 I 235 consid. 2.2 ; BOVAY (2015), p. 572.

¹¹⁸⁵ ATF 145 I 52, consid. 3.1 et 138 I 242, consid. 5.2 ; MALINVERNI ET AL. (2021), N 317.

¹¹⁸⁶ ATF 145 I 52, consid. 3.

¹¹⁸⁷ ATF 137 II 23.

- 730 Cependant, si le grief de la violation de l'autonomie communale est plus souvent invoqué en lien avec le respect d'une liberté d'appréciation, celle-ci doit également être respectée lorsque la commune jouit d'une latitude de jugement en présence d'une notion juridique indéterminée, dont la concrétisation dépend essentiellement de circonstances locales¹¹⁸⁸. Tel est par exemple le cas de la « clause d'esthétique », prévue dans plusieurs législations cantonales de droit des constructions¹¹⁸⁹.
- 731 Les critères du fédéralisme et de l'autonomie communale mettent en avant que la problématique de la retenue en présence de questions d'appréciation ne doit pas être envisagée uniquement sous l'angle restreint de l'opposition entre l'administration et la justice administrative. En effet, en regard du fédéralisme, une retenue est aussi envisageable lorsqu'il s'agit d'examiner les choix opérés par des instances lorsque celles-ci ne sont *pas du même niveau organisationnel*, même s'il s'agit aussi d'instances judiciaires¹¹⁹⁰. Le respect de ces principes a comme contrepartie de créer une *tension* entre la retenue et le besoin d'un examen plus important, dans le but d'assurer un développement du droit uniforme et une meilleure protection des administrés¹¹⁹¹.

E. Les correctifs à la retenue des autorités judiciaires

1. Quelques généralités

- 732 Comme nous l'avons vu, la retenue des autorités dans leur examen n'est pas un mécanisme prévu légalement (N 630). Ainsi, dans la limite des prescriptions légales et jurisprudentielles, c'est le tribunal qui estime dans chaque cas d'espèce la retenue qu'il s'impose (N 654). Cependant, celle-ci entraînant une diminution du contrôle sur le fond, elle doit être soigneusement encadrée.
- 733 Dans certains cas, il peut même s'avérer souhaitable que des *correctifs* à ce manque de contrôle sur le fond soient mis en place, soit pour s'assurer de l'effectivité des droits de l'administré (garanties procédurales), soit pour permettre un examen plus étendu (spécialisation des instances).
- 734 Cela est d'autant plus crucial lorsqu'*une seule instance* peut revoir un cas et que les *biens juridiques concernés* sont importants – comme c'est le cas du Tribunal administratif fédéral en matière d'asile. Dans ce cas, il se doit

¹¹⁸⁸ ATF 96 I 369 ; MÜLLER (2020), N 5.

¹¹⁸⁹ SCHINDLER (2012a), p. 148 ; cf. art. 7 de la loi cantonale sur les constructions du 25 mars 1996, RS-NE 720.0.

¹¹⁹⁰ SCHINDLER (2010), N 237.

¹¹⁹¹ LADNER (2013), p. 11 ; SCHINDLER (2012a), p. 152 et 155.

d'exercer son contrôle de la manière la plus étendue possible et sa retenue ne doit être admise que de manière limitée¹¹⁹².

2. Les garanties procédurales

Pour compenser la diminution de contrôle sur le fond, induit par la retenue que les autorités de recours s'imposent dans certains cas, une attention particulière doit être portée au bon déroulement et au respect des garanties de procédure¹¹⁹³. Cet aspect est important tant pour respecter les garanties de l'Etat de droit que, du point de vue de l'administré, pour qu'il ne se sente pas seulement objet de droit, mais également sujet de droit actif dans sa procédure. 735

Les garanties que nous abordons ici étant fondamentales, elles sont applicables dans toutes les procédures administratives. Elles ont d'ailleurs été renforcées avec la réforme de la justice et l'introduction de la garantie de l'accès au juge (N 83). Cependant, nous mettons ici, en avant, le fait qu'elles ont une place particulièrement importante dans les procédures où les autorités sont au bénéfice d'une marge de manœuvre¹¹⁹⁴. 736

Le respect des garanties de procédure (en particulier celles découlant des art. 29 et 29a Cst.) par les autorités administratives et judiciaires est fondamental et découle de la *dignité humaine* (art. 7 Cst.) qui constitue leur noyau et fondement. Le respect du droit d'être entendu prévu à l'art. 29 al. 2 Cst. « sert non seulement à établir correctement les faits, mais constitue également un droit indissociable de la personnalité en garantissant à un particulier de participer à la prise d'une décision qui touche sa position juridique »¹¹⁹⁵. En outre, « la reconnaissance de la valeur intrinsèque de l'individu (et donc de sa dignité) implique qu'une personne ne puisse pas être traitée comme un objet et qu'elle doive pouvoir s'exprimer avant qu'une décision concernant ses droits ne soit prise. C'est également le respect de la dignité humaine qui oblige une autorité à motiver sa décision, car une décision non motivée, à laquelle une personne devrait se soumettre, blesserait sa dignité. Des valeurs identiques sous-tendent également l'art. 29a Cst., garantissant la protection juridique de l'individu »¹¹⁹⁶. 737

¹¹⁹² FELLER/MÜLLER (2009), p. 442 et 458 ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 49 VwVG, N 20 ; SCHINDLER (2013), p. 55-56.

¹¹⁹³ HANGARTNER (2005), p. 319 et 329-331.

¹¹⁹⁴ Également comme compensations à la diminution de la densité normative, cf. 1^{ère} partie, chap. 3, point III. F.

¹¹⁹⁵ ATAF 2013/23, consid. 6.1.1.

¹¹⁹⁶ ATAF 2011/22, consid. 5.

- 738 Le paragraphe précédent met en avant l'importance fondamentale du respect de plusieurs droits fondamentaux pour la personne impliquée dans la procédure. La garantie du *droit d'être entendu* (art. 29 al. 2 Cst.), la garantie d'*accès au juge* (art. 29a Cst.) et la *motivation de la décision* – qui découle d'ailleurs du droit d'être entendu (N 417)¹¹⁹⁷ – constituent des garanties particulièrement importantes et pertinentes pour notre problématique. En effet, l'autorité administrative au bénéfice d'une marge de manœuvre pourra procéder à certains choix à l'intérieur du cadre légal. Nous l'avons vu, cela peut être problématique du point de vue de la prévisibilité du droit (notamment N 167). Dès lors, il est indispensable qu'elle entende l'administré et qu'elle *motive* sa décision de manière approfondie afin que l'autorité de recours puisse procéder à un contrôle adéquat de la décision (N 428)¹¹⁹⁸. Cette obligation de motivation est également importante en procédure contentieuse pour s'assurer que l'autorité de recours a exercé un contrôle conforme aux garanties minimales de l'art. 29a Cst. et qu'elle n'a pas limité ce dernier à l'arbitraire (N 644). La CourEDH rappelle également l'importance de cette obligation dans les termes suivants : « les juridictions internes doivent motiver leurs décisions de manière suffisamment circonstanciée, afin notamment de permettre à la Cour d'assurer le contrôle européen qui lui est confié »¹¹⁹⁹.
- 739 Ces garanties constituent donc un *contrepoids procédural indispensable* au pouvoir d'appréciation accordé aux autorités administratives, en cela qu'il est le moyen principal pour permettre aux autorités de recours de vérifier si celles-ci ont fait un usage conforme au droit de leur pouvoir d'appréciation.

3. Pour une plus grande transparence dans le processus décisionnel

- 740 Dans les procédures où l'autorité est au bénéfice d'une marge de manœuvre ainsi que, de manière plus spécifique, pour les questions juridiques demandant une coordination ou les changements de jurisprudence, il est parfois difficile de *reconstruire l'important travail d'instruction et de rédaction opéré par la justice*. Certaines procédures, comme les analyses-pays en droit d'asile, en sont un bon exemple¹²⁰⁰. Or, pour garantir la paix juridique, la décision ou le

¹¹⁹⁷ SCHINDLER BENJAMIN, in : Auer/Müller/Schindler, Art. 49 VwVG, N 20.

¹¹⁹⁸ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 17.

¹¹⁹⁹ CourEDH, E.V. c. Suisse du 18 mai 2021, requête n°77220/16, par. 39.

¹²⁰⁰ Cf. MARIOTTI/ROSSET (2020), en particulier p. 9.

jugement doivent être bien acceptés par les parties (N 652)¹²⁰¹. À cet égard, plusieurs éléments – objectifs et subjectifs – entrent en jeu.

Un des éléments subjectifs est de donner aux *parties l'impression que leurs arguments ont été entendus*, d'où l'importance de la garantie du droit d'être entendu, en particulier sa composante relative à la motivation (N 417)¹²⁰². Elles doivent pouvoir voir et lire que leur présentation de l'état de fait, leur offre de preuve et leurs arguments juridiques ont été pris en compte par le tribunal¹²⁰³. Un autre élément important est *leur implication* dans la procédure, qui se concrétise, en particulier, à travers l'obligation de collaborer (N 389). Cette participation active permet aux parties d'avoir une influence sur la procédure et ainsi de mieux accepter son issue, même si celle-ci est à leur désavantage¹²⁰⁴.

La *motivation* et, à travers elle, le *cheminement argumentatif* de l'autorité doivent être suffisamment détaillés et compréhensibles, pour que le justiciable soit convaincu que l'autorité a soigneusement examiné ses arguments et ses intérêts (N 428). Ils doivent convaincre de la légitimité des arguments de l'autorité, même si cette dernière ne donne pas entièrement droit au justiciable¹²⁰⁵. En particulier, la partie perdante doit pouvoir comprendre pourquoi cette décision a été rendue à l'exclusion d'une autre, sinon elle aura le sentiment d'être traitée injustement¹²⁰⁶. De manière plus objective, le tribunal doit également montrer, par sa motivation, que la procédure et les droits appliqués étaient corrects¹²⁰⁷.

4. D'autres pistes ?

D'autres mesures, plus ou moins réalistes, pourraient être envisagées afin que les autorités de recours s'imposent une moins grande retenue. Comme base à ces changements, nous pourrions reprendre plusieurs arguments développés comme justificatifs à la retenue. Nous pourrions plaider pour une plus grande densité normative, ce qui diminuerait la marge de manœuvre des autorités de première instance et permettrait ainsi un contrôle plus étendu de la part des autorités de recours. Cependant, comme nous l'avons vu, en matière de législation, la tendance est plutôt inversée : si cette dernière a quantitativement

¹²⁰¹ GRASDORF-MEYER (2019), N 12.

¹²⁰² MERZ (2007), N 6.

¹²⁰³ MOSIMANN (2013), N 39.

¹²⁰⁴ GRASDORF-MEYER (2019), N 15-16.

¹²⁰⁵ GRASDORF-MEYER (2019), N 14 ; MERZ (2007), N 8 et 29.

¹²⁰⁶ MERZ (2007), N 7.

¹²⁰⁷ MOSIMANN (2013), N 40.

augmenté, elle est devenue moins prescriptive et sa densité a tendanciellement diminué (N 164).

744 Nous pourrions également envisager la création d'instances ou de cours spécialisées, ce qui permettrait un contrôle plus étendu de la part des autorités de recours alors au bénéfice des connaissances spécialisées nécessaires à la résolution du litige. Cela pourrait être intéressant dans des domaines spécifiques et techniques comme le droit fiscal, les assurances sociales ou l'aménagement du territoire. Cependant, si cette solution présente des avantages comme un contrôle plus étendu, elle ne résout qu'une partie des difficultés. En effet, pour qu'une spécialisation se justifie, il faut un nombre minimum de cas, ce qui ne paraît pas envisageable, du moins pour les petits cantons¹²⁰⁸. En outre, dans le domaine de l'aménagement du territoire, par exemple, chaque cas est différent et dépend de son environnement (N 163). Par ailleurs, d'autres considérations, de politiques publiques ou des connaissances locales, peuvent également entrer en considération. Dès lors, il y a des chances qu'une instance, même spécialisée, s'impose une certaine retenue.

745 Ces quelques pistes de réflexions tendent à consolider la conclusion que, la marge de manœuvre étant inévitable, la retenue associée dans certains cas l'est également (N 705). En effet, cette problématique met en exergue les différences de compétences entre les autorités administratives et judiciaires ainsi que le fait que, dans certains cas, le législateur a expressément accordé une marge de manœuvre à l'autorité administrative que les autorités de recours judiciaires se doivent de respecter.

F. Une synthèse intermédiaire

746 À la lecture de la jurisprudence et de la doctrine, nous avons pu constater qu'il n'y avait pas de consensus concernant la retenue que les autorités de recours s'imposent, car ces catégories sont issues des pratiques des tribunaux qui peuvent fluctuer d'une instance à l'autre, mais aussi évoluer dans le temps (N 667). Sur cette base, nous avons retenu que la limitation de l'étendue du pouvoir d'examen était *admise* dans les constellations suivantes : si l'autorité administrative est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation (N 670) qui peut s'exprimer sous différentes formes, à savoir la retenue en présence de connaissances locales ou techniques (N 678), de mesures internes à l'administration (N 693), des motifs d'ordre politiques (N 695) ou encore de pratiques administratives (N 699).

¹²⁰⁸ BEUSCH (2013), p. 6.

Ensuite, nous avons examiné les *facteurs justificatifs* à cette retenue. Certains résultent de la formulation de la norme (densité normative) et d'autres dépassent le cadre particulier du cas d'espèce et sont plutôt liés au contexte qui entoure la décision (responsabilité des autorités, connaissances spécialisées, fédéralisme et autonomie communale). La pertinence de chacun dépend de l'affaire en cause (N 711). 747

Par exemple, si le motif de l'autonomie communale peut être important dans une décision relative à la naturalisation ordinaire, il ne joue aucun rôle dans une procédure d'asile qui est entièrement réglée au niveau fédéral. Autre exemple, s'il est admis que le tribunal s'impose une certaine retenue dans l'appréciation d'un cas qui demande des connaissances spécialisées et ne s'écarte pas sans nécessité de la solution retenue par l'instance administrative (« *Ohne-Not-Praxis* »), cette retenue ne trouve plus de justification dès lors que l'autorité de recours dispose de connaissances autant spécialisées que celles de l'instance précédente (cf. *infra* N 885). 748

En tous les cas, la retenue ne trouve de justification qu'en présence d'un des motifs susmentionnés. Le tribunal ne devrait s'imposer *aucune retenue* dans l'examen de questions de droit constitutionnel et administratif générales pour lesquelles l'autorité inférieure n'est au bénéfice d'aucune connaissance spécifique ou ne peut justifier de la poursuite d'une politique publique¹²⁰⁹. En outre, dans les questions où elles ne sont pas au bénéfice de connaissances spécialisées, les autorités administratives sont autant sujettes que d'autres autorités à commettre des erreurs¹²¹⁰. Dès lors, si l'autorité de recours s'impose une retenue dans ce dernier cas ou que sa retenue est si étendue qu'elle équivaut à un contrôle restreint à l'arbitraire, celle-ci n'est pas compatible avec la garantie d'accès au juge et peut être constitutive d'un déni de justice (N 644). 749

Ainsi la retenue s'inscrit *dans un cadre* : elle est prévue dans certains cas de figure et à certaines conditions. En outre, la diminution du contrôle matériel qu'elle engendre nécessite un renforcement des garanties de procédure, en particulier concernant la motivation de la décision (N 738). Cet encadrement de la retenue est nécessaire afin de garantir, d'une part, l'égalité de traitement entre les administrés et, d'autre part, une certaine sécurité et prévisibilité du droit (N 710). 750

Cependant, malgré ces catégories et leur justification, nous avons constaté que la problématique de la retenue était indissociable d'une approche casuistique (N 659). Cette constatation met en exergue le fait que la retenue résulte souvent d'une *approche pragmatique* prenant en considération les contraintes 751

¹²⁰⁹ HANGARTNER (2007), p. 169 et 172.

¹²¹⁰ HANGARTNER (2007), p. 169.

pratiques – dont il n'est pas possible de faire abstraction en se concentrant uniquement sur la sphère juridique de la thématique – comme le fait que l'instance de recours n'est pas toujours en mesure d'établir postérieurement l'état de fait de manière précise (par exemple, dans un recours contre le résultat d'un examen oral).

- 752 Enfin, comme nous l'avons mis en avant, d'une part, à travers la classification de la retenue et, d'autre part, dans sa justification, la distinction des différentes sphères du contrôle par l'autorité de recours, notamment entre le droit et l'opportunité, ainsi que la difficulté de qualifier les différents aspects du pouvoir d'appréciation, nous fait insister sur le fait qu'en pratique *cette retenue est inévitable* mais aussi nécessaire dans certains cas (N 745).
- 753 Cette approche basée sur les différentes catégories de retenue qui découlent tant d'une liberté d'appréciation que d'une latitude de jugement permet également de *relativiser l'importance* de la source de la marge de manœuvre, pour favoriser une approche plus pratique et casuistique de la problématique.

VI. Une conclusion intermédiaire

- 754 La manière dont l'autorité de recours exerce concrètement son contrôle est une des problématiques centrales de ce travail (N 6). Après avoir distingué les limitations légales et jurisprudentielles du pouvoir d'examen (N 627ss) ainsi que les différences entre un contrôle étendu à la légalité ou à l'opportunité (N 631ss), nous avons établi que l'autorité de recours n'est pas uniquement au bénéfice d'un pouvoir d'examen mais a également *un devoir d'examen* (N 640ss). En effet, même au bénéfice d'une certaine flexibilité dans l'exercice de son pouvoir d'examen, elle ne peut cependant restreindre ce dernier à un examen de l'arbitraire dans des cas pour lesquels ce n'est pas prévu : ce faisant, les exigences minimales de l'art. 29a Cst. ne seraient plus remplies et cette retenue excessive serait constitutive d'un déni de justice (N 644).
- 755 L'autorité de recours dispose d'une certaine *marge de manœuvre quant à l'étendue* dans laquelle elle va exercer son pouvoir d'examen. En effet, nous avons constaté que, dans l'examen des questions d'appréciation, l'autorité peut, d'une part, opérer un contrôle « extensif », en cela qu'elle peut faire une interprétation créatrice d'une disposition (N 660ss) et, d'autre part, s'imposer une certaine retenue (N 666ss).
- 756 Or, pour assurer la compatibilité avec le droit supérieur et la prévisibilité du droit, cette retenue ne peut prendre place *que dans certains cas et dans une certaine mesure* (N 750). L'étendue variant d'un domaine à l'autre, nous avons proposé une classification de l'étendue du contrôle, en rattachant chaque

catégorie, dans la mesure du possible, à des domaines déterminés qui nous ont également permis d'illustrer nos propos (N 667ss). Cette *approche casuistique* permet de comprendre comment les tribunaux font usage de leur pouvoir d'examen dans chaque domaine et ainsi de garantir la prévisibilité du droit.

Enfin, nous avons développé les différents *motifs permettant de justifier*, dans certains cas, un contrôle exercé avec retenue. Ces motifs peuvent découler soit directement de la formulation de la norme soit du contexte auquel la décision est rattachée (N 710ss). 757

Si cette retenue est parfois inévitable du fait que l'autorité de recours n'a pas les connaissances spécialisées nécessaires ou que le législateur a voulu accorder une marge de manœuvre à l'autorité administrative que le tribunal doit respecter, ce mécanisme implique un *contrôle sur le fond qui est diminué* (N 735). Cependant, certains motifs (comme l'importance des biens juridiques en jeu) plaident également pour une plus grande densité du contrôle. Dans les deux cas, au vu du pouvoir important ainsi conféré aux autorités, il est important de respecter strictement les garanties de procédure (N 735ss) et la motivation de la décision de laquelle il doit être possible de reconstituer le cheminement argumentatif de l'autorité (N 742). 758

Au vu de ce qui précède, il ressort de notre **thèse n° 6** que l'autorité peut exercer son pouvoir d'examen soit de manière créatrice soit avec retenue. Enfin, à travers les développements sur l'étendue du pouvoir d'examen et la « *Ohne-Not-Praxis* », nous avons pu constater que les cas où les tribunaux s'imposent une retenue sont autant ceux qui impliquent une latitude de jugement qu'une liberté d'appréciation (N 706). Cela nous permet de faire un lien avec notre thèse n° 4 (N 438). En effet, nous avons vu que, dans certains cas, la *retenue est inévitable* et ce, qu'elle que soit la source de la marge de manœuvre (N 752). Cela constitue un facteur supplémentaire qui, d'une part, relativise l'importance, en pratique, de l'origine de la marge de manœuvre et, d'autre part, plaide pour l'approche unitaire du pouvoir d'appréciation (N 753). 759

Troisième partie :

La marge de manœuvre des
autorités en droit des personnes
étrangères

Chapitre 1 : La démarche retenue

Nous abordons ici la démarche retenue pour l'élaboration de la troisième partie avec, d'une part, la justification du choix du domaine du droit des personnes étrangères (point I.) et, d'autre part, l'exposition de l'approche méthodologique de cette troisième partie (point II.). 760

I. Le choix du domaine du droit des personnes étrangères

Nous traitons ici de la délimitation du domaine du droit des personnes étrangères (point A.). Puis, nous justifions ce choix du point de vue juridique (point B.) et du point de vue sociétal (point C.). 761

A. La délimitation du domaine du droit des personnes étrangères

Dans ce travail, le domaine du droit des personnes étrangères inclut plusieurs sous-domaines. Ces différents régimes règlent les conditions de présence en Suisse des ressortissants étrangers. Tout d'abord, il y a le régime *ordinaire* – général et subsidiaire – dont un des textes normatifs majeurs est la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI¹²¹¹; art. 2 al. 1 LEI)¹²¹². 762

Aux côtés du régime ordinaire de la LEI, il existe *plusieurs régimes spéciaux*. Il y a d'abord l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)¹²¹³ qui s'applique pour les ressortissants de l'Union européenne et de l'AELE. Pour les aspects qu'il ne réglemente pas ou qui le sont de manière plus favorable par la LEI, cette dernière est applicable (art. 2 al. 2 LEI). Bien qu'il soit spécial 763

¹²¹¹ Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI), RS 142.20.

¹²¹² NGUYEN MINH SON, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : LEtr, art. 2 LEtr, N 14.

¹²¹³ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, conclu le 21 juin 1999, RS 0.142.112.681.

par rapport à la LEI, il est le régime qui touche quantitativement le plus de personnes¹²¹⁴.

764 Il y a ensuite, également, le régime spécial du droit d’asile (CR¹²¹⁵, LAsi¹²¹⁶ et réglementation Dublin¹²¹⁷).

765 Enfin, il y a le régime de la nationalité (LN)¹²¹⁸. Ce dernier n’est pas subsidiaire à la LEI, mais régleme la fin de la condition de la personne étrangère. En effet, une fois la nationalité suisse obtenue, le statut de la personne n’est plus régi par des dispositions de droit des personnes étrangères.

766 L’analyse prend également en considération l’échelon international, en y intégrant les instruments et les droits de l’homme pertinents, en particulier la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH)¹²¹⁹.

767 L’énumération ci-dessus n’est *pas exhaustive*. En effet, il existe de nombreuses ordonnances qui complètent les lois susmentionnées. Il y a également des textes internationaux¹²²⁰ et des lois fédérales (voire cantonales) qui règlent des aspects spécifiques de la migration. Tel est le cas, par exemple, des travailleurs détachés¹²²¹ ou du travail au noir¹²²².

¹²¹⁴ UEBERSAX (2009), N 7.99 ; SEM, Statistiques sur l’immigration – Les personnes étrangères en Suisse, décembre 2020 et année 2020, Berne-Wabern février 2021, p. 3 : A fin décembre 2020, la population étrangère résidante permanente était composée à 68.4% de ressortissants de l’UE/AELE/UK. Les ressortissants d’Etats tiers représentaient une part de 31.6%.

¹²¹⁵ Convention relative au statut de réfugié du 28 juillet 1951, RS 0.142.30.

¹²¹⁶ Loi sur l’asile du 26 juin 1998 (LAsi), RS 142.31.

¹²¹⁷ En particulier, Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte ; ci-après : Règlement Dublin III).

¹²¹⁸ Loi sur la nationalité suisse du 20 juin 2014 (LN), RS 141.0.

¹²¹⁹ Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101.

¹²²⁰ Par exemple, l’Accord général sur le commerce des services (AGCS/GATS) de l’Organisation mondiale du commerce ou la Convention sur le statut des apatrides du 28 septembre 1954, RS 0.142.40.

¹²²¹ Loi fédérale sur les mesures d’accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999, RS 823.20.

¹²²² Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005, RS 822.41.

B. Le choix du point de vue juridique

Le droit des personnes étrangères offre un terrain fertile pour l'analyse de la marge de manœuvre des autorités. Premièrement, il implique un *nombre varié d'instances*. En effet, le régime ordinaire de la LEI et celui de l'ALCP font intervenir, dans les différentes procédures qu'ils règlementent, les autorités administratives cantonales, les tribunaux cantonaux avec la possibilité, le cas échéant, de déposer un recours au Tribunal fédéral, mais aussi les autorités administratives fédérales, à travers le SEM qui intervient régulièrement dans le cadre de la procédure d'approbation, suivi d'un éventuel recours au Tribunal administratif fédéral, voire au Tribunal fédéral. Les procédures d'asile sont essentiellement réglées au niveau fédéral, en première instance par le SEM avec la possibilité d'un recours au Tribunal administratif fédéral et, exceptionnellement au Tribunal fédéral dans le cadre des procédures d'extradition (cf. art. 83 let. d ch. 1 LTF). Les procédures relatives à la naturalisation ordinaire (LN) permettent d'entamer l'analyse à l'échelon communal, puisqu'il faut être au bénéfice d'un droit de cité communal afin de pouvoir obtenir la naturalisation ordinaire (cf. art. 37 Cst.).

Deuxièmement, de nombreuses dispositions du droit des personnes étrangères accordent un *pouvoir d'appréciation* à l'autorité d'application. Celui-ci s'exprime à travers les nombreuses notions juridiques indéterminées contenues dans les normes susmentionnées, mais aussi à travers des dispositions potestatives. En effet, de nombreuses dispositions n'accordent pas de droits aux personnes étrangères. Une marge de manœuvre importante – bien qu'encadrée par les principes généraux du droit (« *pflichtgemäss Ermessen* ») – est donc laissée aux autorités d'application afin de mettre en œuvre la politique migratoire de la Suisse¹²²³.

Finalement, au vu des *biens juridiques* importants qui sont en jeu – comme la possibilité d'obtenir un droit de présence pour un requérant d'asile ou celle de réunification pour une famille par le biais d'une demande de regroupement familial – la problématique de la marge de manœuvre est centrale. Une étude analysant de manière quantitative le contentieux administratif sur la période de 1990 à 2008 a mis en avant que les taux de succès des recours auprès du Tribunal fédéral dans la catégorie « droit de cité et droit des étrangers » est de 8,2% ce qui est extrêmement bas en comparaison des autres domaines du droit administratif. Les auteurs de l'étude formulent comme hypothèse explicative que le faible taux de succès est dû à la grande marge d'appréciation de

¹²²³ UEBERSAX ET AL. (2021), p. 75 ; UEBERSAX (2009), N 7.67-7.68 et 7.103.

l'autorité administrative qui découle de l'absence de droit à une autorisation de la personne étrangère¹²²⁴.

C. Le choix du point de vue sociétal

- 771 Le droit des personnes étrangères est un *thème récurrent dans le débat public*. Depuis la seconde partie du XX^{ème} siècle, le peuple suisse s'est prononcé, principalement par le biais d'initiatives populaires ou de référendums, sur ce domaine à de nombreuses reprises. Il y a donc une intention de la part de certains acteurs politiques de faire appel à la volonté populaire pour exercer une pression politique sur les questions migratoires. Tel est, par exemple, le cas des initiatives ayant pour but de restreindre la migration. De façon directe ou indirecte, elles ont une répercussion sur l'étendue de la marge de manœuvre des autorités.
- 772 La première initiative « contre la pénétration étrangère » est lancée en 1965 par un petit parti nationaliste¹²²⁵. Elle demande une limitation des personnes étrangères à 10% de la population résidante¹²²⁶. Si elle est retirée suite à l'annonce de mesures limitatives par le Conseil fédéral, la population étrangère continue d'augmenter en Suisse, ce qui amène au dépôt d'une nouvelle initiative en 1969, appelée « initiative Schwarzenbach », du nom de son instigateur. Celle-ci demande des mesures encore plus restrictives que la précédente¹²²⁷. Elle est rejetée en votation populaire le 7 juin 1970¹²²⁸.
- 773 Si ces premières initiatives se rapportent à la migration économique, nous verrons que, par la suite, le débat évolue et se focalise davantage sur les « abus » (étrangers criminels, asile). C'est ainsi qu'en 2002, l'Union démocratique du Centre (UDC) a lancé une initiative populaire « contre les abus dans le droit d'asile ». Celle-ci a été rejetée en votation à la très faible majorité de 50.1%¹²²⁹. Cette initiative a vu le jour pendant la crise du Kosovo, au cours de laquelle beaucoup des ressortissants de ce pays ont cherché une protection en Suisse. Ce résultat très serré a été un signe pour les autorités et les partis politiques qu'une partie non négligeable de la population souhaitait un

¹²²⁴ VARONE/BYLAND/TANQUEREL/BOLKENSTEYN (2011), p. 61.

¹²²⁵ Chancellerie fédérale, Initiative populaire fédérale « contre la pénétration étrangère », <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis89.html>.

¹²²⁶ PIGUET (2017), p. 26.

¹²²⁷ PIGUET (2017), p. 27-28.

¹²²⁸ Chancellerie fédérale, Initiative populaire fédérale « contre l'emprise étrangère », <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis93.html>.

¹²²⁹ Chancellerie fédérale, Initiative populaire fédérale « contre les abus dans le droit d'asile », <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis295.html>.

durcissement de la loi sur l'asile à l'encontre de soi-disant « faux réfugiés criminels »¹²³⁰.

Il y a ensuite eu l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », acceptée par le peuple en votation populaire le 28 novembre 2010, qui a eu pour conséquences de réintroduire l'expulsion pénale (mise en œuvre aux art. 66^{ass} CP)¹²³¹. Puis, le peuple suisse s'est prononcé deux fois sur des modifications de la loi sur l'asile, dans le cadre de sa dernière restructuration (en 2013 et 2016)¹²³². Le 9 février 2014, ont eu lieu les votations où le peuple a accepté, avec une majorité de 50.3% seulement, l'initiative « Contre l'immigration de masse »¹²³³. Enfin, l'initiative de mise en œuvre sur le renvoi des étrangers criminels a été rejetée par le peuple le 28 février 2016¹²³⁴.

774

Ces différentes votations ont entraîné la modification – par l'ajout des alinéas 3 à 6 – de l'art. 121 Cst. ainsi que l'introduction de l'art. 121a Cst. sur la gestion de l'immigration, ce qui a eu des répercussions sur la marge de manœuvre des autorités. En effet, elles limitent leur marge de manœuvre en inscrivant, directement dans la Constitution (art. 121 al. 3 Cst.), une liste d'infractions pour lesquelles les autorités doivent prononcer une expulsion¹²³⁵. À cet égard, les alinéas 3 à 6 ont soulevé des débats dans la doctrine à cause du caractère « automatique » qu'ils donnent à l'expulsion et le Tribunal fédéral a dû se pencher sur leur interprétation dans une mesure qui soit conforme avec le droit international, en particulier avec le principe de la proportionnalité¹²³⁶. Dans un *obiter dictum*, il a annoncé qu'il ferait prévaloir la CEDH sur une norme constitutionnelle imposant un renvoi automatique¹²³⁷.

775

¹²³⁰ MIAZ/STÜNZI (2020), p. 51 ; ROCHER JOHAN, Développements juridiques, in : OSAR, Manuel, p. 28.

¹²³¹ Chancellerie fédérale, Initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis357.html>.

¹²³² Chancellerie fédérale, Modification du 28.09.2012 de la loi sur l'asile (LAsi) (Modifications urgentes de la loi sur l'asile, <https://www.admin.ch/ch/f/pore/va/20130609/det571.html> et Modification du 25.09.2015 la loi sur l'asile (LAsi), <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20160605/det604.html>).

¹²³³ Chancellerie fédérale, Initiative populaire fédérale « Contre l'immigration de masse », <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis413.html>.

¹²³⁴ Chancellerie fédérale, Initiative populaire fédérale « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) », <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis433.html>.

¹²³⁵ AMMANN (2020), p. 117.

¹²³⁶ ATF 139 I 16, consid. 4.

¹²³⁷ ATF 139 I 16, consid. 5 ; CR Cst. – ETEMI SEMSIJA/NGUYEN MINH SON, art. 121 N 41.

- 776 En parallèle à ces modifications constitutionnelles, les *lois principales* de ce domaine ont subi d'importants changements : la loi sur les étrangers (LEtr) a été partiellement révisée pour devenir la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI) au 1^{er} janvier 2019¹²³⁸, la loi sur la nationalité a été complètement révisée au 1^{er} janvier 2018¹²³⁹ et la loi sur l'asile a également été restructurée afin d'accélérer les procédures¹²⁴⁰. Après une phase de test, les nouvelles procédures d'asile accélérées sont entrées en vigueur sur l'ensemble du territoire suisse le 1^{er} mars 2019.
- 777 La révision de ces législations a renforcé le rôle de l'*intégration* des personnes étrangères¹²⁴¹, que ce soit en voulant promouvoir une intégration précoce des personnes issues du domaine de l'asile ou en augmentant et uniformisant les exigences d'intégration pour les transformations de permis ou la naturalisation. Dans son message de 2013 sur l'intégration, le Conseil fédéral insiste sur le caractère contraignant mais aussi sur la réciprocité du processus d'intégration¹²⁴².
- 778 Cette volonté de coordination et de cohérence entre les législations spécifiques ainsi que d'uniformisation en particulier de la notion d'intégration¹²⁴³ a également une conséquence sur notre thématique en influençant l'étendue de la marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel.

II. L'approche méthodologique

- 779 Nous traitons ici de la démarche retenue dans la troisième partie (point A.). Puis, nous décrivons le corpus des données utilisées (point B.).

¹²³⁸ FF 2013 2131.

¹²³⁹ FF 2011 2639.

¹²⁴⁰ Au sujet des différentes modifications de la loi sur l'asile, voir en particulier la 3^{ème} partie, chap. 2, point II. F. 1.

¹²⁴¹ TRAN (2021), p. 1.

¹²⁴² Message du Conseil fédéral du 8 mars 2013 relatif à la modification de la loi sur les étrangers (Intégration), FF 2013 2131.

¹²⁴³ TRAN (2021), p. 8.

A. L'approche retenue

1. Généralités sur la construction de la 3^{ème} partie

La méthodologie générale de ce travail a déjà été abordée dans l'introduction (N 3). Nous nous permettons ici de l'approfondir et de développer les aspects qui sont propres à cette 3^{ème} partie. Comme nous le verrons, il s'agit principalement de définir comment nous procédons et quels sont les arrêts analysés. 780

Dans cette troisième partie, nous avons décidé de développer plus en détail le domaine du droit des personnes étrangères (cf. point I. ci-avant). Pour ce faire, les jugements publiés des Cours du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral compétentes en droit des personnes étrangères, ainsi que des arrêts de la CourEDH contre la Suisse dans ce même domaine ont été récoltés de manière systématique sur une période déterminée¹²⁴⁴. La collecte de ces données a été faite dans le but d'enrichir notre réflexion et de compléter les sources déjà existantes dans le domaine à l'aide d'une approche « empirique » de la matière. Cette approche permet également d'offrir une base objective à la construction subséquente de notre analyse¹²⁴⁵. 781

En développant nos questions de recherche, nous nous sommes intéressés à la manière dont l'autorité de contrôle fait usage de sa marge de manœuvre en pratique (N 8). Il est avéré que l'exercice concret du pouvoir d'examen (« *die Prüfungsdichte* ») diffère de ce qui est prévu par les lois de procédure (N 651). Cette différence n'étant pas prévue légalement, mais se cristallisant dans la jurisprudence, il est nécessaire d'analyser la pratique des instances judiciaires. 782

En effet, seule l'*analyse systématique de la pratique judiciaire* peut nous permettre d'identifier les cas de figure dans lesquels l'autorité s'impose une certaine retenue ou, au contraire, exerce son pouvoir d'examen de manière étendue, sur la base de quels facteurs et s'il existe d'éventuels correctifs à l'exercice différencié du pouvoir d'examen. 783

¹²⁴⁴ Cf. Annexe 1 : Table des arrêts.

¹²⁴⁵ Dans ce sens, cf. TANQUEREL (2007), p. 203.

2. Une approche empirique de la matière

- 784 L'étude de l'étendue du pouvoir d'examen des tribunaux a un *caractère empirique* – au sens large¹²⁴⁶ – car cette partie est basée, du moins en partie, sur les informations extraites de la lecture systématique de la jurisprudence qui ont influencé la construction de notre plan de recherche, en particulier le chapitre 3.
- 785 Même si les différentes approches sont souvent complémentaires, nous procédons principalement par un raisonnement *inductif*, qui veut qu'en partant de la jurisprudence analysée, nous mettions en lumière la manière de procéder des autorités lorsqu'elles revoient une question pour laquelle l'autorité précédente était au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation¹²⁴⁷.
- 786 En Suisse, les études empiriques sont encore relativement peu utilisées en droit public¹²⁴⁸. À cet égard, deux études menées en lien avec le droit des personnes étrangères méritent d'être mentionnées.
- 787 Il s'agit premièrement d'une étude, menée par SIMONE RAU et BARNABY SKINNER pour le *Tages-Anzeiger*, qui analyse les corrélations entre l'affiliation politique des juges et leurs décisions rendues dans le domaine de l'asile. Pour ce faire, ils ont analysé 29'263 décisions rendues dans ce domaine, ce qui leur a permis de mettre en évidence un lien entre l'appartenance à un parti politique et le taux d'acceptation des recours¹²⁴⁹.
- 788 La seconde étudie la notion de soins essentiels en lien avec l'art. 83 LEI, en particulier en lien avec l'illicéité et l'inexigibilité du renvoi. Pour ce faire, STEFFEN analyse tous les arrêts du Tribunal administratif fédéral rendus en la matière, ainsi que ceux de la CourEDH¹²⁵⁰.
- 789 Cette approche systématique a donc pour but de *faire émerger* les cas de figure dans lesquels les tribunaux s'imposent une certaine retenue ou, au contraire, procèdent à un examen étendu du cas. Elle nous permet également d'observer la cohérence de la jurisprudence dans l'examen de questions d'appréciation.

¹²⁴⁶ AMMANN (2018), p. 491.

¹²⁴⁷ WEBLEY (2012), p. 929.

¹²⁴⁸ AMMANN (2018), p. 493 ; AMMANN (2020) ; GEISSBÜHLER (2016) ; STEFFEN (2018), p. 32 ; TANQUEREL/VARONE/BOLKENSTEYN/BYLAND (2011), p. 19 ; TORNAY SCHALLER (2008).

¹²⁴⁹ RAU SIMONE/SKINNER BARNABY, *Das sind die härtesten Asylrichter der Schweiz*, Tages-Anzeiger, 8 octobre 2016, <https://blog.tagesanzeiger.ch/datenblog/index.php/12556/jenach-richter-dreimal-hoehere-erfolgchancen> (consulté le 10 avril 2022).

¹²⁵⁰ STEFFEN GABRIELLE, *Soins essentiels, Un droit fondamental qui transcende les frontières ?*, Bâle 2018.

Enfin, elle nous permet de prendre une certaine distance avec la pratique et d'ainsi amener une dimension supplémentaire à notre analyse juridique¹²⁵¹.

3. La pertinence de l'analyse de la jurisprudence

La jurisprudence est une *source importante en droit*. Elle concrétise les réflexions des tribunaux et représente leur contribution au développement du droit. L'étude de cas (« *case studies* ») est d'ailleurs une méthode reconnue pour procéder à des analyses empiriques, en particulier dans les régimes anglo-saxons. Cette méthode est particulièrement adaptée pour répondre au « comment » et au « pourquoi » d'une pratique¹²⁵², comme c'est le cas de nos questions de recherche. 790

Elle est particulièrement pertinente pour notre étude puisque, comme nous l'avons vu, il s'avère difficile, à la lecture des lois de procédure, de savoir quelle va être l'étendue de l'examen du tribunal dans un cas concret (N 708). En outre, dans le chapitre 2 de la première partie, nous avons insisté sur la notion de *processus* de mise en œuvre du droit et en particulier sur son *application* qui s'exprime notamment à travers la jurisprudence (N 173ss). Dès lors, une analyse de la jurisprudence est indispensable pour répondre à nos questions de recherche. 791

Nous avons également constaté que l'exercice du pouvoir d'examen ne pouvait être analysé que dans l'optique d'une approche par branche du droit (N 709). Dès lors, une analyse poussée de la jurisprudence en droit des personnes étrangères nous permet d'approfondir les facteurs qui influencent le pouvoir d'examen dans cette matière, tout en évitant le plus possible de devoir généraliser les éléments relevés. 792

Enfin, une analyse systématique de la jurisprudence nous permet d'enrichir le débat d'une *base objective*, car fondée sur la pratique des tribunaux, et d'ainsi de confirmer ou d'infirmer certains préjugés qui sont véhiculés sur cette problématique. 793

¹²⁵¹ AMMANN (2018), p. 494-495.

¹²⁵² WEBLEY (2012), p. 939.

B. Le corpus de données

1. L'objet : les décisions publiées du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme

- 794 Afin de procéder à notre analyse, nous avons décidé de récolter les arrêts publiés des instances fédérales de recours compétentes en droit des personnes étrangères, à savoir les deux cours de droit public du Tribunal fédéral ainsi que les cours IV (asile), V (asile) et VI (droit des étrangers et citoyenneté)¹²⁵³ du Tribunal administratif fédéral. Nous avons également répertorié les arrêts rendus par la CourEDH à l'encontre de la Suisse, dans le domaine du droit des personnes étrangères.
- 795 Les Cours de droit public du Tribunal fédéral ne traitant pas seulement du droit des personnes étrangères, les arrêts retenus sont ceux dont les questions principales ont trait à ce domaine, à savoir les arrêts dans lesquels une mention à un domaine du droit des personnes étrangères est faite dans le registre. En ce sens, nous nous basons sur la nomenclature retenue par le Tribunal fédéral. Cet aspect n'est pas problématique pour la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral puisque ses cours sont déjà divisées par matières du droit public.
- 796 Le choix de la jurisprudence des tribunaux fédéraux s'explique pour plusieurs raisons, principalement *pragmatiques*. Premièrement, l'accès aux jurisprudences des deux tribunaux fédéraux est facilité, car centralisé et accessible sur leurs sites respectifs. Deuxièmement, il représente un nombre de décisions raisonnable permettant d'en faire une analyse systématique. Si l'analyse devait se porter sur les tribunaux des 26 cantons, cela représenterait un nombre impraticable de décisions pour en faire une analyse systématique poussée (N 16-17).
- 797 En outre, le rôle des Cours fédérales, en tant que dernières (voire avant-dernières) instances nationales de recours est de veiller à une *application uniforme du droit fédéral* (N 528), qui est le droit que nous examinons presque exclusivement. Enfin, les décisions publiées par les Tribunaux fédéraux sont généralement des arrêts de principe, rendus à cinq juges (parfois à trois juges pour le Tribunal administratif fédéral) et sont donc considérés comme importants pour le développement du droit, voire ayant une portée dépassant le cas particulier.

¹²⁵³ La Cour VI du Tribunal administratif fédéral est entrée en fonction le 1^{er} juillet 2016 (art. 18 al. 1 RTAF). Auparavant, les affaires relevant du droit des étrangers et de la citoyenneté étaient rattachées à la Cour III. C'est pour décharger cette dernière que la scission a été opérée (cf. Rapport de gestion 2016 du Tribunal administratif fédéral).

2. La période passée sous revue

Les arrêts publiés ont été récoltés pour la période allant du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2021, sur la base des recueils officiels des deux tribunaux fédéraux. Cela correspond pour le recueil officiel du Tribunal fédéral aux ATF publiés de 133 (2007) à 147 (2021) et pour le Tribunal administratif fédéral aux ATAF de 2007 à 2021. Pour cette période, cela représente une somme totale de 342 arrêts¹²⁵⁴. A ce nombre s'ajoutent les arrêts rendus par la Cour EDH. La période choisie s'étendant sur quinze ans permet d'avoir un échantillon représentatif, mais néanmoins d'une taille permettant une lecture approfondie. 798

De plus, le point de départ pour la récolte de données (l'année 2007) a été choisi parce qu'il correspond à l'entrée en vigueur de la réforme de la justice au 1^{er} janvier 2007 et donc de l'entrée en vigueur des lois sur le Tribunal fédéral et sur le Tribunal administratif fédéral ainsi que l'entrée en fonction du Tribunal administratif fédéral remplaçant une trentaine de Commissions de recours¹²⁵⁵. Les décisions examinées sont donc majoritairement rendues sur la base des dispositions uniformisées de la LTF et de la LTAF, ce qui en facilite l'analyse et la comparaison. 799

Les autres arrêts importants ou publiés avant (ou après) cette date sont également pris en compte dans l'analyse lorsque cela s'avère pertinent, sans que nous puissions en garantir une prise en compte systématique. 800

¹²⁵⁴ En détail : 115 ATF en droit des étrangers, y compris le droit de la nationalité, 49 ATAF en droit des étrangers, 8 ATAF en droit de cité et 170 ATAF en droit d'asile (cf. annexe 1).

¹²⁵⁵ Conseil fédéral, La première partie de la réforme de la justice en phase d'être achevée, in : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-3455.html>.

Chapitre 2 : La théorie générale de la marge de manœuvre en droit des personnes étrangères

Dans ce chapitre, nous examinons d'abord les fondements de la marge de manœuvre en droit des personnes étrangères (point I.). Ensuite, nous traitons de la marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel (point II.). Enfin, nous formulons une conclusion intermédiaire (point III.). 801

I. Les fondements de la marge de manœuvre en droit des personnes étrangères

Nous traitons ici d'abord des autorités compétentes en droit des personnes étrangères (point A.). Ensuite, nous abordons le cadre posé par l'art. 96 LEI (point B.) et l'évolution de la marge de manœuvre des autorités (point C.). Enfin, nous formulons une synthèse intermédiaire (point D.). 802

A. Les autorités compétentes en droit des personnes étrangères

En droit des personnes étrangères, selon l'art. 12 al. 1 ordonnance sur l'organisation du DFJP¹²⁵⁶, le *Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM)* est l'autorité compétente de la Confédération pour les questions relevant de l'immigration et l'émigration, du droit des étrangers et de la nationalité suisse, ainsi qu'en matière d'asile et de réfugiés. 803

Si le SEM est l'autorité compétente pour mener la procédure d'asile et décider de l'octroi ou du refus de l'asile¹²⁵⁷, dans le domaine réglé par la *LEI*, il n'a qu'une *compétence subsidiaire*. En effet, selon l'art. 98 al. 1 *LEI*¹²⁵⁸, ce dernier est chargé de toutes les tâches qui ne sont pas expressément confiées à d'autres autorités fédérales ou aux autorités cantonales. Les compétences des autorités 804

¹²⁵⁶ Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police du 17 novembre 1999, RS 172.213.1.

¹²⁵⁷ Cf. art. 6a al. 1 *LAsi*.

¹²⁵⁸ Et l'art. 88 al. 2 *OASA* dont la teneur est similaire.

cantonales de migration tendent ainsi principalement à la délivrance, au renouvellement ou à la prolongation des autorisations de séjour des personnes étrangères¹²⁵⁹. Cette répartition doit être relativisée dans les cas qui sont soumis à la procédure d'approbation et dans lesquels, la décision ne peut être rendue sans l'approbation du SEM¹²⁶⁰.

- 805 En droit de la *nationalité*, les compétences sont également réparties entre le SEM et les autorités cantonales et communales. Celui-ci est principalement compétent pour accorder l'autorisation fédérale pour la naturalisation ordinaire (art. 13 al. 3 LN) et pour les questions relatives à la naturalisation facilitée (art. 20ss LN). C'est dans la procédure de naturalisation ordinaire que les cantons, voire les communes ont principalement un rôle à jouer (art. 13 al. 2 LN).
- 806 En droit de l'*ALCP*, ce sont principalement les cantons qui octroient les autorisations (art. 26-27 Ordonnance sur la libre circulation des personnes [OLCP]¹²⁶¹). Cependant, le SEM intervient pour approuver les autorisations de séjour initiales accordées aux ressortissants de l'UE et de l'AELE qui n'exercent pas d'activité lucrative au sens de l'art. 20 OLCP (art. 29 OLCP) et pour les autorisations délivrées pour des motifs importants¹²⁶².
- 807 En plus du SEM, *d'autres autorités* peuvent intervenir dans le processus décisionnel. Il s'agit des représentations suisses à l'étranger qui peuvent faire des enquêtes pour le compte du SEM, recevoir certaines demandes de naturalisation ou octroyer des visas (art. 36 Ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas [OEV]¹²⁶³). Concernant les aspects d'ordre public et de sécurité, l'office fédéral de la police (Fedpol) et le service de renseignement de la Confédération (SRC) peuvent également intervenir dans le processus décisionnel. Fedpol peut, par exemple, interdire l'entrée en Suisse ou expulser un étranger (art. 67 et 68 LEI) et le SRC fournir des informations dans le cadre d'une procédure de naturalisation¹²⁶⁴ ou d'asile¹²⁶⁵. Dans leur domaine de compétences spécialisées, une grande marge d'appréciation leur est accordée¹²⁶⁶.

¹²⁵⁹ SEM, Directives LEI, chap. 1.2.1, p. 14 (état au 1^{er} mars 2022).

¹²⁶⁰ Art. 99 LEI, 85-86 OASA et OA-DFJP.

¹²⁶¹ Ordonnance sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne et ses États membres, entre la Suisse et le Royaume-Uni, ainsi qu'entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002, RS 142.203.

¹²⁶² SEM, directives OLCP janvier 2021, p. 65 (état janvier 2022).

¹²⁶³ Ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas du 15 août 2018, RS 142.204.

¹²⁶⁴ Cf. ATAF 2013/34.

¹²⁶⁵ Annexe 3, pt 9.2 Ordonnance sur le Service de renseignement du 16 août 2017 (ORens), RS 121.1.

¹²⁶⁶ Arrêt du TAF F-1954/2017 du 8 avril 2019, consid. 6.3 non publié in ATAF 2019 VII/6.

Le droit des personnes étrangères étant un *domaine transversal*, d'autres autorités interviennent également dans des procédures connexes. Tel est le cas des autorités de poursuites pénales lorsque la personne étrangère a commis une ou plusieurs infraction(s) susceptible de mener à son expulsion (art. 66a CP). 808

Tel est également le cas de l'office d'état civil qui peut être amené à intervenir dans des procédures impliquant des personnes étrangères. Il en va ainsi lorsqu'une personne étrangère désire se marier en Suisse. En effet, le mariage ne peut être célébré que par un officier d'état civil à l'issue d'une procédure préparatoire (art. 97 al. 1 CC). Des dispositions spécifiques aux personnes étrangères ont d'ailleurs été introduites dans le code civil pour lutter contre les mariages fictifs¹²⁶⁷. Il s'agit d'une part, le 1^{er} janvier 2008, de l'art. 97a CC traitant des abus à la législation sur les étrangers et d'autre part, le 1^{er} janvier 2011, de l'art. 98 al. 4 CC demandant aux fiancés d'établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire¹²⁶⁸. 809

B. Le cadre posé par l'art. 96 LEI

1. La genèse de la disposition

La LEI contient une disposition traitant explicitement du pouvoir d'appréciation des autorités et posant *un cadre* à ces dernières lorsqu'elles disposent d'une marge de manœuvre pour rendre leur décision¹²⁶⁹. 810

Cette norme a été initialement *introduite à l'art. 4 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)*¹²⁷⁰, en vigueur du 1^{er} janvier 1934 jusqu'au 31 décembre 2007, et qui prévoyait que « [l']autorité statue librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement ». 811

Dans sa *nouvelle version*, l'art. 96 al. 1 LEtr – qui remplace l'art. 4 LSEE – est libellé de la sorte : « Les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration ». Cet alinéa a subi 812

¹²⁶⁷ Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, 3513-3514 ; SEM, Directives LEI, chap. 6.14.2.1, p. 128ss (état au 1^{er} mars 2022).

¹²⁶⁸ CPra Matrimonial – BURGAT SABRINA/MATTHEY FANNY, art. 97a CC N 2.

¹²⁶⁹ BIGLER OLIVIER/BUSSY YANICK, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : LEtr, art. 96 LEtr, N 1.

¹²⁷⁰ Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE), abrogée le 16 décembre 2005 avec effet au 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 5437).

une modification purement formelle¹²⁷¹ avec l'entrée en vigueur des dispositions sur l'intégration, qui a eu pour conséquence que l'expression « son degré d'intégration » a été remplacée par « son intégration »¹²⁷². Pour le surplus, le contenu de l'art. 96 al. 1 LEI reste le même que celui de l'art. 96 al. 1 LEtr.

- 813 En outre, lors du passage de la LSEE à la LEtr, cet article s'est vu adjoindre *un second alinéa* ayant la teneur suivante : « Lorsqu'une mesure serait justifiée, mais qu'elle n'est pas adéquate, l'autorité compétente peut donner un simple avertissement à la personne concernée en lui adressant un avis comminatoire ». Ce second alinéa est également important car il permet à l'autorité de prendre en compte le principe de proportionnalité. Cela implique que, par exemple, si une mesure d'éloignement apparaît comme juridiquement fondée mais inappropriée aux circonstances du cas d'espèce, la personne concernée doit recevoir à la place plutôt un avertissement¹²⁷³.
- 814 Lors de l'élaboration de la première version de la loi, l'art. 4 LSEE concernant la marge de manœuvre des autorités se trouvait dans la partie I relative à la procédure d'autorisation. Le choix de placer cette disposition dans la première partie plutôt que dans la partie II sur les autorités et la procédure est justifié par le législateur en ce sens que cette disposition définit le statut juridique de l'étranger : cette disposition met en exergue que *l'étranger ne dispose pas d'un droit à l'autorisation* mais, qu'au contraire, « il doit accepter telle quelle la décision des autorités ». En effet, dans le cadre de la procédure d'autorisation, il ne peut que se prévaloir de l'observation des prescriptions de procédure¹²⁷⁴. À titre de comparaison, dans la version actuelle de la loi, l'art. 96 LEI est placé dans le chap. 13 intitulé Compétences et obligations des autorités.
- 815 Si l'on fait un retour dans le temps jusqu'à la révision complète de la LSEE et son remplacement par la LEtr, on constate *un changement de paradigme* pour cette disposition qui prévoyait, dans la LSEE, un pouvoir presque discrétionnaire (« *nach freiem Ermessen* ») pour les autorités quant à l'octroi ou au refus d'une autorisation pour laquelle la personne étrangère n'avait pas de droit à l'autorisation¹²⁷⁵. La nouvelle loi sur les étrangers pose, quant à elle, un cadre beaucoup plus strict qui diminue le pouvoir d'appréciation des autorités¹²⁷⁶.

¹²⁷¹ Message du Conseil fédéral du 8 mars 2013 relatif à la modification de la loi sur les étrangers (Intégration), FF 2013 2131, 2165.

¹²⁷² Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 16 déc. 2016 (Intégration), en vigueur depuis le 1er janv. 2019 (RO 2017 6521, 2018 3171; FF 2013 2131, 2016 2665).

¹²⁷³ Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, 3578.

¹²⁷⁴ Message du Conseil fédéral du 17 juin 1929 à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, FF 1929 I 929, 931-932.

¹²⁷⁵ Cf. ATF 130 II 281, consid. 2.1.

¹²⁷⁶ MALINVERNI (2000), p. 411.

On pourrait parler à cet égard, d'un « *pflichtgemäss Ermessen* » plutôt qu'un « *freiem Ermessen* »¹²⁷⁷. Dès lors, ce changement de paradigme, conjugué aux autres modifications de la LSEE, diminue le pouvoir d'appréciation de l'autorité en conférant aux personnes étrangères des droits là où l'autorité disposait d'un pouvoir d'appréciation quasi-discrétionnaire¹²⁷⁸.

Le message du Conseil fédéral de 2002 se montre assez laconique dans ses explications concernant l'article 96 (alors art. 91 du projet). Il se contente de préciser que cet article mentionne les principes généralement reconnus de l'exercice du pouvoir d'appréciation dans la procédure administrative. En outre, les autorités doivent tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier. Le message précise encore que les autorités procèdent à un examen de la proportionnalité dans lequel elles doivent peser et comparer soigneusement les intérêts publics et les intérêts privés en présence¹²⁷⁹. 816

Cependant, cette disposition a fait l'objet de débats parlementaires, notamment sur la formulation de son alinéa 1 et des éléments à prendre en considération dans la pesée des intérêts (intérêts publics, situation personnelle et intégration) ainsi que l'opportunité de maintenir le second alinéa prévoyant la possibilité de donner un avertissement à la personne étrangère¹²⁸⁰. Dans ce cadre, il a été rappelé la *place centrale de cette disposition* comme valant pour l'interprétation de tous les articles ou encore qualifiée de « *Grundsatzartikel* »¹²⁸¹. 817

2. Le rôle de cette disposition

a. La notion de pouvoir d'appréciation en droit des personnes étrangères

L'art. 96 al. 1 LEI énonce *trois critères* que l'autorité doit prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, à savoir les intérêts publics, la situation personnelle de l'intéressé et son intégration¹²⁸². 818

¹²⁷⁷ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 1.

¹²⁷⁸ MALINVERNI (2000), p. 411.

¹²⁷⁹ Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, 3578.

¹²⁸⁰ BO CN 2004 1332, puis BO CE 2005 315, puis BO CN 2005 1248.

¹²⁸¹ BO CN 2004 1332, interventions du Conseiller fédéral Blocher et de la Conseillère nationale Leuthard.

¹²⁸² Arrêt du TAF F-398/2019 du 23 janvier 2021, consid. 7.2.

- 819 Les cas de figure qui accordent un pouvoir d'appréciation aux autorités sont nombreux dans le domaine d'application de la LEI. Le pouvoir d'appréciation s'exprime en premier lieu dans les nombreuses *formulations potestatives* pour décider, par exemple, de l'octroi, de la prolongation ou de la révocation d'une autorisation de séjour¹²⁸³ ainsi que pour décider de certaines mesures (telles l'interdiction d'entrée¹²⁸⁴ ou les mesures de contrainte¹²⁸⁵). En plus de cette liberté d'appréciation, la LEI prévoit également de nombreuses *notions juridiques indéterminées*¹²⁸⁶. Cette disposition joue donc un rôle central dans l'encadrement de toutes les décisions comportant un pouvoir d'appréciation pour les autorités (N 817)¹²⁸⁷.
- 820 Il y a *plusieurs raisons* qui ont amené le législateur à accorder ce pouvoir d'appréciation dans certaines dispositions.
- 821 Premièrement, cela permet à l'autorité, par une pesée des intérêts susmentionnés, de prendre en considération les circonstances du cas d'espèce et d'avoir la flexibilité nécessaire pour prendre en considération les évolutions de la société et les particularités régionales¹²⁸⁸.
- 822 Deuxièmement, une marge de manœuvre est également nécessaire pour prendre adéquatement en compte l'expertise d'autres autorités, comme celle de l'autorité du marché du travail¹²⁸⁹.
- 823 Finalement, l'art. 96 al. 1 LEI est également invoqué dans la jurisprudence comme concrétisation, en droit des personnes étrangères, du *principe de la proportionnalité*¹²⁹⁰. Dès lors, il est examiné chaque fois que l'autorité a une marge de manœuvre nécessitant de procéder à une pesée des intérêts. Cela

¹²⁸³ Par exemple, art. 18, 19, 27-29, 30, 33 et 62 LEI.

¹²⁸⁴ Art. 67 LEI.

¹²⁸⁵ Par exemple, art. 73-78 LEI.

¹²⁸⁶ Par exemple, le cas individuels d'une extrême gravité ou la menace pour la sécurité et l'ordre public ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 3.

¹²⁸⁷ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 8.

¹²⁸⁸ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 4 ; SPESCHA MARC, in : Spescha et al. (édit.), Migrationsrecht Kommentar, Art. 96 AIG, N 1.

¹²⁸⁹ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 4.

¹²⁹⁰ ATAF 2020 VI/9, consid. 10.1 et 2018 VII/3, consid. 5.2.2.1 ; TAF F-4276/2018 du 13 novembre 2020, consid. 9.4 ; F-1628/2019 du 14 octobre 2019, consid. 6.2.2 et D-5705/2010 du 17 septembre 2013, consid. 4.1 (non publié in ATAF 2013/27).

implique que les critères pour l'exercice du pouvoir d'appréciation sont semblables à ceux de l'examen de la proportionnalité¹²⁹¹.

Par ailleurs, il est également invoqué à côté de l'*art. 8 par. 2 CEDH* lorsqu'il s'agit d'évaluer la situation d'une personne pouvant se prévaloir de la protection de sa vie privée ou familiale. Cependant, de jurisprudence constante, il est admis que l'examen de la proportionnalité sous l'angle de l'*art. 96 al. 1 LEI* se confond avec celui opéré sous l'angle de l'*art. 8 par. 2 CEDH* qui n'apporte donc pas une protection plus étendue que le droit national¹²⁹². 824

Dans l'*ATAF 2020 VI/9*, le Tribunal administratif fédéral se penche sur la question de l'application du principe de la proportionnalité, tel que concrétisé en droit des personnes étrangères par l'*art. 96 al. 1 LEI*, lors de la levée de l'admission provisoire au sens de l'*art. 84 al. 2 LEI*¹²⁹³. Pour se faire, il procède à l'interprétation de cette dernière disposition. Il considère que les interprétations littérale, historique et téléologique ne sont pas concluantes parce que l'institution de l'admission provisoire a beaucoup évolué depuis son introduction et offre maintenant un certain nombre de droits matériels à la personne admise à titre provisoire. L'interprétation systémique et en particulier la comparaison avec l'*art. 84 al. 3 LEI*¹²⁹⁴ plaide pour l'application du principe de la proportionnalité¹²⁹⁵. Cette position est confirmée par une interprétation de l'*art. 84 al. 2 LEI* conforme à la Cst.¹²⁹⁶. Dès lors, si les conditions de l'exécution du renvoi sont réunies (*art. 83 al. 2-4 LEI*), le SEM est tenu d'examiner de façon séparée si la levée de l'admission provisoire est conforme au principe de la proportionnalité (cf. *art. 5 al. 2 Cst.* et *96 LEI*) et doit procéder à une pesée des intérêts en présence¹²⁹⁷. 825

b. L'avertissement : une illustration concrète de la portée de l'*art. 96 LEI*

L'*art. 96 al. 2 LEI* prévoit la possibilité de donner *un simple avertissement* à la personne concernée lorsqu'une mesure serait justifiée, mais pas adéquate (« *angemessen* » dans la version allemande). Un avertissement est donné lorsque le prononcé de la mesure ne serait pas proportionné, mais qu'il le sera si 826

¹²⁹¹ Par exemple, arrêt du TF 2C_240/2012 du 5 mars 2013, consid. 1.2 (non publié in ATF 139 I 145).

¹²⁹² Arrêts du TF 2C_657/2020 du 16 mars 2021, consid. 3.1 et 2C_151/2019 du 14 février 2019, consid. 5.2 et références ; Arrêt du TAF F-398/2019 du 23 janvier 2021, consid. 8.3.

¹²⁹³ ATAF 2020 VI/6, consid. 10.1.

¹²⁹⁴ L'*art. 84 al. 3 LEI* traite en particulier de la levée de l'admission provisoire pour les personnes ayant commis des infractions pénales.

¹²⁹⁵ ATAF 2020 VI/6, consid. 9 et 9.5 pour l'interprétation systémique.

¹²⁹⁶ ATAF 2020 VI/6, consid. 10.

¹²⁹⁷ ATAF 2020 VI/6, consid. 10.4 et 11.

la personne concernée ne change pas le comportement qui a conduit à la décision¹²⁹⁸.

- 827 L'institution de l'avertissement au sens de l'art. 96 al. 2 LEI laisse *une marge de manœuvre* à l'autorité dans la suite à donner dans des cas limites, lorsque le résultat de la pesée des intérêts n'est pas claire¹²⁹⁹. Dès lors, cette possibilité permet aux autorités une meilleure prise en compte du principe de la proportionnalité dans leurs décisions¹³⁰⁰. Enfin, dans l'exercice de leur marge de manœuvre, les autorités ne sont pas obligées d'émettre un avertissement avant de prononcer une mesure comme le non-renouvellement ou la révocation d'une autorisation de séjour par exemple¹³⁰¹.
- 828 L'avertissement ne peut être donné de manière *abstraite*. Au contraire, il doit être fait mention de ce qui est attendu de la personne étrangère. D'abord, l'autorité doit expliquer quel comportement ou changement de comportement est attendu. Ensuite, elle doit mentionner quelles sont les conséquences en cas de non-respect de l'avertissement. Enfin, la mesure doit être précise et proportionnée dans le temps¹³⁰².
- 829 Tel est par exemple le cas lorsque le Tribunal fédéral examine la *révocation de l'autorisation d'établissement* d'un ressortissant étranger issu de la deuxième génération et condamné à sept reprises entre 2012 et 2019. Celui-ci arrive à la conclusion qu'un avertissement est plus proportionné qu'une révocation. Cependant, il précise qu'en cas de récidive, le recourant s'exposerait à des mesures d'éloignement¹³⁰³.
- 830 Tel a également été le cas dans plusieurs arrêts du Tribunal administratif fédéral où, après pesée des intérêts, celui-ci a conclu qu'il s'agissait de *cas limites* qu'il convenait de garder sous contrôle fédéral et a adressé un avertissement formel prévoyant la fin du séjour en cas de détérioration de la situation en cause (cf. *infra* N 1256)¹³⁰⁴.

¹²⁹⁸ Arrêt du TF 2C_657/2020 du 16 mars 2021, consid. 3.2 et références ; SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gächter/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 19.

¹²⁹⁹ BIGLER OLIVIER/BUSSY YANICK, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : LEtr, art. 96 LEtr, N 42.

¹³⁰⁰ SPESCHA MARC, in : Spescha et al. (édit.), Migrationsrecht Kommentar, Art. 96 AIG, N 9.

¹³⁰¹ Arrêt du TF 2C_657/2020 du 16 mars 2021, consid. 3.2 ; BIGLER OLIVIER/BUSSY YANICK, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : LEtr, art. 96 LEtr, N 43.

¹³⁰² SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gächter/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 23.

¹³⁰³ Arrêt du TF 2C_657/2020 du 16 mars 2021, consid. 3.

¹³⁰⁴ Arrêts du TAF F-7142/2018 du 20 janvier 2021, consid. 6.8 ; F-4276/2018 du 13 novembre 2020, consid. 9.6 ; F-3879/2018 du 10 septembre 2020, consid. 11 ; F-1192/2018 du 6 janvier 2020, consid. 7 ; F-4884/2017 du 19 novembre 2019, consid. 9.1 ; F-1628/2019 du 14 octobre 2019, consid. 7.3 ; F-7344/2017 du 24 septembre 2019, consid. 6.3.3 ; F-1382/2017 du 4 septembre 2019, consid. 6.6 ; F-1412/2017 du 16 juillet 2019, consid. 8.1 ; F-2782/2017 du 30 janvier 2019, consid. 11.5 et F-3709/2017 du 14 janvier 2019, consid. 10.4.

3. Les éléments dont les autorités doivent tenir compte dans la prise de décision

a. La démarche de l'autorité

Les trois critères énoncés à l'art. 96 al. 1 LEI guident donc l'autorité dans sa prise de décision. Cependant, ceux-ci restent relativement indéterminés, ce qui correspond au large spectre de cas auquel ils peuvent s'appliquer. Il faut donc les voir comme des *lignes directrices* permettant d'établir de la manière la plus objective possible la situation de la personne étrangère¹³⁰⁵. 831

En outre, les trois critères mentionnés ne sont *pas tous au même niveau* : à intérêts publics on n'oppose pas intérêts privés, mais situation personnelle de l'intéressé et intégration. Or, dans la situation personnelle de l'intéressé peuvent entrer en considération certains critères qui vont peser contre la personne, par exemple, si cette dernière n'est pas suffisamment intégrée ou a commis une infraction pénale. En effet, ce dernier aspect fait partie de la situation personnelle de l'intéressé, mais il ne plaide pas pour son séjour en Suisse. Au contraire, il va renforcer l'intérêt public à l'éloignement¹³⁰⁶. 832

Dans les paragraphes suivants, nous développons brièvement les trois critères de l'art. 96 al. 1 LEI, à savoir les intérêts publics (point b.), la situation personnelle de l'intéressé (point c.) et l'intégration (point d.). 833

b. Les intérêts publics

L'art. 3 LEI nous renseigne sur les intérêts publics pertinents à prendre en considération dans le régime ordinaire régi par la LEI¹³⁰⁷. Le premier intérêt public que prennent en compte les autorités est celui de *l'économie suisse* et en particulier les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social (art. 3 al. 1 LEI). Cet intérêt est rappelé dans les articles spécifiques à l'admission de personnes étrangères en vue de l'exercice d'une activité lucrative (art. 18 et 19 let. a LEI). Cette notion 834

¹³⁰⁵ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 10.

¹³⁰⁶ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr, Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 11.

¹³⁰⁷ SPESCHA MARC, in : Spescha et al. (édit.), Migrationsrecht Kommentar, Art. 96 AIG, N 3.

juridique indéterminée prend particulièrement du sens à la lumière des dispositions sur l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative¹³⁰⁸.

- 835 L'art. 3 al. 1 LEI prévoit aussi que les autorités prennent en compte les *besoins culturels et scientifiques* de la Suisse (art. 3 al. 1 dernière phrase LEI). Il est ensuite fait mention de l'admission pour *motifs humanitaires* ou la prise en compte des engagements relevant *du droit international* ainsi que l'unité de la famille (art. 3 al. 2 LEI). Enfin, il est également mentionné de la *prise en considération de l'évolution socio-démographique de la Suisse* (art. 3 al. 3 LEI).
- 836 La LEI mentionne également, à de nombreuses reprises¹³⁰⁹, comme intérêt public à prendre en considération dans la prise de décision, le respect de *la sécurité et de l'ordre publics* par la personne étrangère¹³¹⁰. Le non-respect de cette condition peut mener à l'éloignement des personnes indésirables (art. 121 al. 3-6 Cst. concrétisé par les art. 66^{ass} CP).
- 837 Lorsque l'ALCP trouve application, il faut également tenir compte des exigences spécifiques de cet accord, à savoir, en particulier, d'un intérêt public à la *libre circulation* des personnes. Au vu des droits garantis par l'ALCP, les limites posées au principe de la libre circulation des personnes doivent s'interpréter de manière restrictive¹³¹¹. La pesée des intérêts telle que prévue par l'art. 96 LEI s'applique aussi pour les personnes pouvant se prévaloir de l'ALCP¹³¹².
- 838 La formulation ouverte de ces intérêts publics laisse une marge importante à l'administration afin de moduler sa politique migratoire qui se veut *restrictive*, en particulier pour les personnes ressortissantes d'Etats dits tiers¹³¹³.
- 839 Même si l'intérêt public à une *politique migratoire restrictive* peut être légitimement invoqué par les autorités pour refuser de prolonger le séjour d'une personne étrangère, il n'est pas dans tous les cas suffisants à lui seul¹³¹⁴. En effet, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que cet intérêt n'était pas suffisant à lui seul lorsqu'une personne séjournait en Suisse depuis plus de dix

¹³⁰⁸ ACHERMANN (2021), N 9 ; NGUYEN MINH SON, in : Nguyen/Amarelle, Code annoté de droit des migrations, vol. II : LEtr, art. 3 LEtr, N 3 et 12ss.

¹³⁰⁹ Notamment art. 5 al. 1 let. c, 58a al. 1 let. a, 59 al. 3, 62 al. 1 let. c et d, 63 al. 1 let. b, 64d al. 2 let. a, 67, 68, 74 al. 1 let. a et 83 al. 7 let. b LEI.

¹³¹⁰ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr (édit.), Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 12.

¹³¹¹ ATF 139 II 121, consid. 5.2-5.3 ; Arrêt du TF 2C_728/2021 du 4 mars 2022, consid.3.2.

¹³¹² Parmi d'autres, arrêts du TF 2C_728/2021 du 4 mars 2022, consid. 4.1 et 2C_492/2021, consid. 5.2.

¹³¹³ ACHERMANN (2021), N 13 ; BOLZMAN (2002), p. 65ss ; NGUYEN MINH SON, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. II : LEtr, art. 3 LEtr.

¹³¹⁴ SPESCHA MARC, in : Spescha et al. (édit.), Migrationsrecht Kommentar, Art. 96 AIG, N 4.

ans, ce qui présuppose généralement une bonne intégration. Dans des cas comme celui-ci, il faut des raisons particulières pour refuser la prolongation de l'autorisation de séjour¹³¹⁵.

c. La situation personnelle de l'intéressé

Il existe plusieurs critères prévus légalement pour circonscrire la situation personnelle de l'intéressé : relations personnelles et familiales en Suisse, situation dans le pays d'origine (notamment possibilités de réintégration, infrastructures médicales), durée du séjour en Suisse¹³¹⁶. 840

Ces critères sont à lire en lien avec les dispositions spécifiques à la procédure en jeu. Par exemple, concernant une autorisation en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité va notamment prendre en considération les qualifications personnelles de l'intéressé (art. 23 LEI). Les relations familiales et l'indépendance financière entrent en considération dans les procédures de regroupement familial (art. 43ss LEI) et pour le renouvellement des autorisations (art. 33 al. 3 et 63 al. 2 LEI). 841

Lors d'une procédure pour « cas de rigueur » (art. 30 al. 1 let. b LEI), l'OASA précise quels sont les critères à, notamment, prendre en considération pour se déterminer : l'intégration, la situation familiale, la situation financière, la durée de la présence en Suisse, l'état de santé, les possibilités de réintégration dans l'état de provenance (art. 31 al. 1 OASA). 842

Mentionnons encore que le fait d'avoir un *casier judiciaire* est également déterminant dans plusieurs procédures comme l'extinction d'une autorisation ou l'admission provisoire (art. 62 al. 1 let. b et 83 al. 7 LEI)¹³¹⁷. 843

d. L'intégration

Le troisième critère mentionné à l'art. 96 al. 1 LEI est celui de l'intégration. *L'intégration*, en tant que notion fondamentale du droit des personnes étrangères, est déjà mentionnée à l'art. 4 LEI. Celui-ci prévoit que l'intégration des étrangers vise à favoriser la coexistence des populations suisse et étrangère sur 844

¹³¹⁵ ATF 144 I 266, consid. 3.9.

¹³¹⁶ SPESCHA MARC, in : Spescha et al. (édit.), Migrationsrecht Kommentar, Art. 96 AIG, N 7-8.

¹³¹⁷ SCHINDLER BENJAMIN, in : Caroni/Gätcher/Turnherr (édit.), Handkommentar zum AuG, Art. 96, N 13 ; SPESCHA MARC, in : Spescha et al. (édit.), Migrationsrecht Kommentar, Art. 96 AIG, N 7.

la base des valeurs constitutionnelles ainsi que le respect et la tolérance mutuels (art. 4 al. 1 LEI).

- 845 Les dernières révisions législatives (en particulier LN¹³¹⁸ et LEI) ont ancré, dans la loi, le modèle d'intégration graduel. Celui-ci a pour principe que plus le statut légal est élevé et plus les exigences d'intégration sont grandes¹³¹⁹. Ces révisions ont permis de *préciser et d'uniformiser* la notion d'intégration et les art. 58a LEI et 12 LN constituent désormais un socle fondant les critères déterminants pour définir l'intégration de la personne étrangère¹³²⁰.
- 846 Le critère de l'intégration est particulièrement pertinent dans le cadre d'une amélioration du statut de séjour, à savoir pour l'octroi d'une autorisation d'établissement (art. 34 al. 2-4 LEI) ou la transformation d'une admission provisoire en autorisation de séjour (art. 84 al. 5 LEI), ou lorsqu'il s'agit d'évaluer l'intégration d'une personne à l'encontre de laquelle une mesure d'éloignement est envisagée. Cependant, avec l'entrée en vigueur de la révision partielle de la LEI, ce critère sert également à évaluer le pronostic d'intégration en cas de regroupement familial d'enfants plus âgés ou encore lors du renouvellement d'une autorisation¹³²¹. Si les exigences d'intégration fixées par la loi ou les autorités (dans une convention d'intégration) ne sont pas remplies, cela permet également de révoquer un titre de séjour, voire de rétrograder une personne au bénéfice d'une autorisation d'établissement et remplacer celle-ci par une autorisation de séjour (cf. art. 63 al. 2 ou 62 al. 1 let. d LEI)¹³²².

C. L'évolution de la marge de manœuvre des autorités en droit des personnes étrangères

- 847 Longtemps, l'entrée et le séjour des personnes étrangères en Suisse ont été régis seulement par le droit cantonal, puis par des ordonnances du Conseil fédéral¹³²³. Il a fallu attendre l'entrée en vigueur de la LSEE en 1934, adoptée sur la base de l'art. 69^{ter} de la Constitution de 1874, pour avoir une première loi dans ce domaine. Cependant, la LSEE a été conçue comme *une loi-cadre*, ne contenant que des dispositions de base, et de nombreuses compétences

¹³¹⁸ Nous mentionnons ici également la LN car elle forme un tout avec la LEI concernant l'intégration. Cependant, l'art. 96 LEI ne s'applique pas dans le cadre de LN.

¹³¹⁹ KURT (2017), p. 20.

¹³²⁰ Message du Conseil fédéral du 8 mars 2013 relatif à la modification de la loi sur les étrangers (Intégration), FF 2013 2131, 2133 ; TRAN (2021), p. 1.

¹³²¹ KURT (2017), p. 25 ; SPESCHA MARC, in : Spescha et al., *Migrationsrecht Kommentar*, Art. 96 AuG, N 8 ; TRAN (2021), p. 12.

¹³²² SEM, Directives LEI, chap. 8.3.3, p. 183 (état au 1^{er} mars 2022).

¹³²³ MALINVERNI (2001), N 2.

étaient déléguées au Conseil fédéral (cf. par exemple, art. 25 LSEE)¹³²⁴. Ainsi, cette loi était complétée par diverses ordonnances du Conseil fédéral, des Départements ainsi que des directives non publiées¹³²⁵.

Comme nous l'avons vu, c'était l'art. 4 LSEE qui réglementait le *pouvoir d'appréciation* des autorités (N 811). La loi ne comportant que des dispositions de base et de nombreuses notions juridiques indéterminées, cette disposition leur accordait un pouvoir quasi-discrétionnaire pour décider de la portée des normes et, notamment, de l'octroi ou non d'une autorisation¹³²⁶. 848

Cependant, avec l'écoulement du temps, il devenait urgent de procéder à une révision complète de la LSEE. D'abord, la nouvelle constitution prévoit, à son art. 164 al. 1 Cst., que les dispositions importantes qui fixent les règles de droit doivent être édictées *sous la forme d'une loi fédérale*. La large délégation de compétence au Conseil fédéral prévue par la LSEE n'était donc pas compatible avec les exigences de cet article constitutionnel¹³²⁷. La révision, en intégrant toutes les dispositions importantes dans une loi au sens formel, a également eu pour conséquence une moins grande indétermination des normes en introduisant des droits pour les personnes étrangères et ainsi de réduire l'importante marge de manœuvre des autorités¹³²⁸. C'est également en tenant compte de cette volonté de réduire la marge de manœuvre des autorités que l'art. 4 LSEE est devenu l'art. 96 LEtr (actuellement art. 96 LEI) qui encadre l'exercice du pouvoir d'appréciation par les autorités (N 815). 849

Ensuite, il ressort également des différentes *initiatives populaires* déposées dans ce domaine, une volonté de restreindre le nombre de personnes étrangères pouvant être admises en Suisse (cf. N 772ss). La révision de la LSEE va aussi dans ce sens en prévoyant une politique d'admission restrictive pour les ressortissants de pays tiers¹³²⁹. 850

En parallèle et comme nous le verrons dans le chapitre suivant¹³³⁰, la procédure de *naturalisation ordinaire* a aussi évolué depuis les années 2000. En effet, s'il était admis que l'acte de naturalisation d'une personne étrangère était un acte politique accordant une grande marge de manœuvre aux autorités et peu de possibilités de contestation de la part des personnes étrangères, la jurisprudence du Tribunal fédéral a dit qu'en tant qu'elle touchait aux droits de la personne, cet acte remplissait les caractéristiques d'une décision. Cette 851

¹³²⁴ MALINVERNI (2001), N 3 ; MALINVERNI (2000), p. 410.

¹³²⁵ MALINVERNI (2001), N 3.

¹³²⁶ MALINVERNI (2000), p. 411.

¹³²⁷ MALINVERNI (2000), p. 410.

¹³²⁸ MALINVERNI (2000), p. 411.

¹³²⁹ MALINVERNI (2000), p. 412.

¹³³⁰ Cf. 3^{ème} partie, chap. 3, point III. C. 1.

qualification permet de demander que la décision soit motivée (cf. *infra* N 1186). Il a également fait preuve d'une jurisprudence créatrice lors de l'examen de certains droits fondamentaux (cf. N 919ss).

852 Enfin, de manière plus générale, les *règles de procédure* ont également évolué. En particulier, la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.) et l'obligation pour les cantons de mettre en place une instance cantonale qui revoie librement les faits et applique le droit déterminant d'office (art. 110 LTF) ont apporté une meilleure protection juridictionnelle à l'individu et a ainsi également systématisé et apporté de la cohérence au contrôle des décisions des autorités de première instance¹³³¹.

853 Ces développements mettent en exergue que si, lors de l'adoption de la LSEE, les autorités administratives étaient au bénéfice d'une large marge de manœuvre, cette dernière s'est considérablement réduite ces dernières décennies. Cette diminution de la marge de manœuvre des autorités ressort, d'une part, à travers *les interventions du législateur et donc d'une augmentation de la densité normative*, en particulier, lors de la révision de la LSEE ou de la mise en œuvre d'initiatives populaires, et, d'autre part, à travers *la jurisprudence* du Tribunal fédéral, notamment dans le domaine de la naturalisation ordinaire où il a progressivement étendu son contrôle sur les décisions des autorités de première instance.

D. Une synthèse intermédiaire

854 En droit des personnes étrangères, c'est le SEM qui est l'autorité administrative compétente principale au plan fédéral (N 803). Les autorités administratives cantonales de migration sont principalement chargées de mettre en œuvre les dispositions découlant de la LEI et de l'ALCP, sous réserve de la procédure d'approbation ainsi que, parfois au côté des autorités communales, la procédure de naturalisation ordinaire (N 804ss). D'autres autorités fédérales sont parfois appelées à participer dans des domaines spécifiques. Tel est le cas des représentations suisses à l'étranger, de Fedpol et du SRC (N 807). Enfin, cette matière étant transversale, les autorités de poursuite pénale ainsi que les autorités d'état civil interviennent aussi dans des procédures connexes (N 808-809).

855 La marge de manœuvre des autorités en droit des personnes étrangères est *encadrée par l'art. 96 LEI* qui occupe une place centrale dans ce domaine (N 817). Cette disposition a été introduite à l'art. 4 LSEE et octroyait un pouvoir quasi-discrétionnaire pour les autorités administratives. Lors de la

¹³³¹ CORBOZ BERNARD, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, art. 110, N 5-6.

révision complète de la loi, un changement de paradigme a été opéré et l'art. 4 LSEE devient l'art. 96 LEI qui prévoit un cadre plus strict à l'exercice du pouvoir d'appréciation (N 815).

L'art. 96 LEI a vocation de s'appliquer à *toutes les décisions* où l'autorité est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation que celui-ci soit accordé par le biais d'une disposition potestative ou d'une notion juridique indéterminée (N 818). 856

Il constitue également, dans ce domaine, *une concrétisation du principe de la proportionnalité* (N 823). En effet, il énumère les critères à prendre en considération dans la pesée des intérêts : les intérêts publics, la situation personnelle de l'intéressé et l'intégration (N 834ss). La possibilité de donner un avertissement à la personne étrangère permet également de rendre une décision proportionnée (N 826ss). 857

Cette partie sur les fondements de la marge de manœuvre en droit des personnes étrangères nous a permis de mettre en exergue que le cadre prévu, en particulier par l'art. 96 LEI, a évolué dans le sens d'*une diminution de la marge de manœuvre des autorités*. En effet, celle-ci a diminué, d'une part, à cause de l'augmentation de la densité normative et, d'autre part, à cause d'un contrôle plus étendu de la part des tribunaux (N 853). 858

II. La marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel en droit des personnes étrangères

Après avoir exposé la démarche suivie (point A.), nous abordons le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral (point B.). Puis, nous examinons le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (point C.) et la position de la CourEDH concernant les questions migratoires (point D.). Enfin, nous formulons une synthèse intermédiaire (point E.). 859

A. La démarche

Dans les paragraphes suivants, nous commençons par un bref rappel du pouvoir d'examen des instances fédérales tel qu'il est prévu par les lois de procédure et a été développé dans le chapitre 3 de la deuxième partie. 860

Ensuite, nous exposons comment les autorités fédérales de recours et la CourEDH font usage de leur pouvoir d'examen. Le but est d'examiner, en particulier, si les autorités judiciaires s'imposent une retenue en droit des personnes étrangères – si oui, sur quelle base – ou si au contraire, elles développent une jurisprudence plutôt créatrice. 861

862 Cela nous permet de reprendre les principes et les catégories développés dans le chapitre 4 de la deuxième partie sur l'exercice effectif du pouvoir d'examen et voir quels sont les motifs qui se retrouvent en droit des personnes étrangères.

B. Le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral

1. L'étendue de son pouvoir d'examen

863 Le Tribunal administratif fédéral est composé de six cours qui se répartissent les affaires en fonction des domaines du droit public concerné. Les cours IV, V et VI traitent des questions relatives au droit des personnes étrangères. En particulier, les cours IV et V traitent principalement des questions relatives à l'asile alors que la cour VI s'occupent principalement des questions de droit des étrangers et du droit de cité¹³³². Dans la suite de ce travail, ce sont ces dénominations officielles qui seront employées en cas de références aux compétences des différentes cours du Tribunal administratif fédéral.

864 Par renvoi de l'art. 37 LTAF, la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA. C'est en particulier l'art. 49 PA qui fixe le pouvoir d'examen de celui-ci. Selon cet article, le Tribunal administratif fédéral peut revoir la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, l'établissement inexact ou incomplet de l'état de fait pertinent ainsi que l'inopportunité.

865 Ainsi, il ne s'impose généralement *pas de retenue* que ce soit à cause de connaissances locales (l'autorité précédente étant le SEM) ou techniques telles que définies dans la partie précédente (cf. N 679). Tel est particulièrement le cas en droit d'asile où, vu le nombre important de cas qu'il revoit dans un domaine bien délimité, il est au bénéfice des mêmes connaissances spécialisées que le SEM (cf. *infra* N 885).

866 Concernant les *motifs de recours*, il n'y a pas de particularités en droit des personnes étrangères. À cet égard, nous nous permettons donc un renvoi général à ce que nous avons développé dans le chapitre 3 de la deuxième partie¹³³³. Le Tribunal administratif fédéral est ainsi au bénéfice *d'un pouvoir d'examen étendu* pour revoir les questions relatives au droit des étrangers et

¹³³² Art. 23 du Règlement du Tribunal administratif fédéral du 17 avril 2008 (RTAF ; RS 173.320.1) ; Tribunal administratif fédéral, Les Cours, <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/organisation/les-cours.html> (consulté le 10 avril 2022). Les dénominations des cours sont les dénominations officielles utilisées par le Tribunal administratif fédéral.

¹³³³ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point II.

au droit de cité. Il en va différemment dans les cours d'asile où le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral est régi par l'art. 106 LAsi¹³³⁴ duquel, comme nous allons l'examiner, le contrôle de l'opportunité a été supprimé (cf. *infra* N 878).

Dès lors, le Tribunal administratif fédéral est au bénéfice d'un *pouvoir d'examen différent* en fonction des questions juridiques examinées. Cette différence a soulevé des questions relatives à la délimitation de la restriction du pouvoir d'examen, en particulier pour les questions transversales, à savoir certaines questions régies matériellement par la LEI mais intervenant dans la procédure d'asile. Tel est le cas de l'examen du renvoi et de son exécution (art. 83 LEI) ou de la reconnaissance d'un cas de rigueur (art. 14 al. 2 LAsi et 30 al. 1 let. b LEI).

867

2. Les délimitations entre les domaines de l'asile et des étrangers

Suite à la suppression du grief de l'opportunité dans la LAsi, le Tribunal administratif fédéral a dû, à plusieurs reprises, se pencher sur l'étendue de son pouvoir d'examen en droit des personnes étrangères ainsi que sur la *portée de la suppression du contrôle de l'opportunité en droit d'asile*. Cette dernière question, dont la réponse n'a pas été réglée par le législateur, a été éclaircie dans un arrêt de principe du Tribunal administratif fédéral. En effet, celui-ci a déterminé que la limitation du pouvoir d'examen, consécutive à l'abrogation de l'art. 106 al. 1 let. c LAsi, n'était valable que dans le domaine de l'asile. Cela implique que les questions en lien avec la procédure d'asile, mais qui sont matériellement réglées par la LEI (admission provisoire et renvoi) continuent d'être revues par le Tribunal administratif fédéral avec un plein pouvoir d'examen en application de l'art. 112 LEI en lien avec l'art. 49 PA¹³³⁵. Dès lors, dans le même arrêt, le Tribunal administratif fédéral peut avoir deux pouvoirs d'examen différents suivant qu'il traite une question rattachée à la LAsi ou à la LEI¹³³⁶.

868

Cependant, la portée de cette distinction est à *relativiser lors de l'examen de l'exigibilité du renvoi* pour laquelle le SEM n'est pas au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation qui nécessiterait que le Tribunal administratif fédéral revoie cet

869

¹³³⁴ L'art. 6 LAsi prévoit que les procédures d'asile sont régies par la PA, la LTAF et la LTF, à moins que la LAsi n'en dispose différemment, ce qui est le cas pour les motifs de recours.

¹³³⁵ ATAF 2014/26, consid. 5.5.

¹³³⁶ Parmi d'autres, Arrêt du TAF D-8117/2015 du 12 août 2016, consid. 2.

aspect sous l'angle de l'opportunité. En effet, bien que l'art. 83 al. 4 LEI¹³³⁷ contienne une notion juridique indéterminée (« concrètement en danger »)¹³³⁸, l'interprétation et l'application de celle-ci est une question de droit que le Tribunal administratif fédéral peut librement revoir¹³³⁹. En revanche, cette disposition est également formulée de manière potestative¹³⁴⁰. Ainsi, se pose la question de savoir si cela apporte une liberté d'appréciation au SEM. Le Tribunal administratif fédéral y répond par la négative. En effet, s'il y a un risque de mise en danger de la personne, le SEM n'a pas un libre choix d'accorder ou refuser l'admission provisoire pour inexigibilité du renvoi. Dès lors, cette formulation n'accorde pas une liberté d'appréciation à ce dernier et est, au contraire, une « fausse » disposition potestative (« *eine « unechte » Kann-Vorschrift* »)¹³⁴¹.

- 870 Cette question du pouvoir d'examen différencié s'est également posée à propos des *cas de rigueur* puisque ces derniers sont réglés, pour les personnes issues du domaine de l'asile, à l'art. 14 al. 2 LAsi et, pour les autres personnes étrangères, à l'art. 30 al. 1 let. b LEI. Dans le premier cas, régi par la LAsi, le Tribunal administratif fédéral ne peut pas revoir l'opportunité alors que dans le second, régi par la LEI, son pouvoir d'examen s'étend à l'opportunité. Cette différence pourrait mener à des jurisprudences différentes sur la même notion de droit (le cas de rigueur)¹³⁴². Cela pourrait également porter atteinte aux principes d'égalité de traitement et de sécurité du droit¹³⁴³. C'est pourquoi, dans un arrêt publié, le Tribunal administratif fédéral a procédé à l'interprétation de l'art. 14 al. 2 LAsi et est arrivé à la conclusion que tant matériellement que procéduralement, cette disposition relève du droit des étrangers plutôt que du droit d'asile. Cela permet qu'il ait le même pouvoir d'examen dans l'analyse de ces deux dispositions (14 LAsi et 30 LEI), à savoir un examen étendu à l'opportunité, puisque l'art. 49 PA s'applique en droit des étrangers (par renvoi de l'art. 112 LEI)¹³⁴⁴.

¹³³⁷ Art. 83 al. 4 LEI : « L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple, en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale. »

¹³³⁸ ATAF 2014/26, consid. 7.4.

¹³³⁹ ATAF 2014/26, consid. 7.8.

¹³⁴⁰ ATAF 2014/26, consid. 7.3.

¹³⁴¹ ATAF 2014/26, consid. 7.9.6.

¹³⁴² UEBERSAX PETER, in : Amarelle/Nguyen (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. IV : LAsi, art. 14 LAsi, N 17.

¹³⁴³ ATAF 2020 VII/4, consid. 4.2.2.

¹³⁴⁴ ATAF 2020 VII/4, consid. 4.2-4.3.

3. Le pouvoir d'examen en droit d'asile

a. L'art. 106 LAsi

(i) *En général*

Dans la deuxième partie, nous avons examiné le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral de manière générale¹³⁴⁵. Nous avons vu que c'était la PA qui s'appliquait devant cette instance et que son pouvoir d'examen était régi par l'art. 49 PA. Cette instance est donc au bénéfice d'un large pouvoir d'examen étendu à l'opportunité (N 864). Or, en droit d'asile, c'est l'art. 106 LAsi qui régit le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral. À ce titre et selon le principe *lex specialis derogat lex generali*, il déroge à l'art. 49 PA qui règle la question des motifs de recours invocables lors d'une procédure devant le Tribunal administratif fédéral¹³⁴⁶. 871

Cette exception n'est pas anecdotique puisque les procédures d'asile représentent environ 60 % de l'ensemble des cas traités chaque année par cette instance¹³⁴⁷. Si ces dispositions étaient identiques jusqu'en 2014 en prévoyant trois types de motifs de recours, à savoir la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète de l'état de fait pertinents et l'inopportunité, ce dernier grief a été supprimé de l'art. 106 LAsi. 872

Comme l'art. 106 LAsi ne présente pas de particularité concernant les griefs relatifs à la violation du droit fédéral et à l'établissement inexact ou incomplets de l'état de fait pertinent, nous allons nous concentrer, dans les paragraphes suivants, sur le grief relatif à l'opportunité et pourquoi celui-ci a été supprimé. 873

(ii) *La genèse de l'art. 106 LAsi et en particulier de sa composante concernant l'opportunité*

L'opportunité comme motif de recours apparaît pour la première fois à l'art. 11 al. 3 let. c de la loi du 5 octobre 1979 sur l'asile (LA). Cet alinéa 3 est introduit en 1990 lors d'une révision partielle de ladite loi en lien avec la création d'une 874

¹³⁴⁵ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point II.

¹³⁴⁶ CHATTON ET AL. (2021), p. 63.

¹³⁴⁷ Moyenne fondée sur les chiffres du Rapports de gestion 2018 (p. 72-73), 2019 (p. 78-79), 2020 (p. 80-81) et 2021 (p. 80-81) du Tribunal administratif fédéral.

commission de recours indépendante¹³⁴⁸. L'art. 11 al. 3 LA n'était pas prévu dans le message du Conseil fédéral, mais a été introduit suite aux débats dans les Chambres fédérales, sur proposition du Conseil des Etats¹³⁴⁹. Ce dernier tel qu'il a été proposé par le Conseil des Etats a la teneur suivante : « Le recours adressé à la Commission peut être formé : a. Pour violation du droit fédéral, y compris excès ou abus du pouvoir d'appréciation ; b. Pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ; c. Pour inopportunité, la Commission de recours étant tenue de respecter les instructions et directives du Conseil fédéral dans son appréciation »¹³⁵⁰. Les lettres a et b de cette disposition n'ont pas suscité beaucoup de débats puisqu'elles consistaient en une reprise de ce qui était alors prévu par l'art. 104 OJ.

- 875 C'est sur la question de prévoir ou non la possibilité, pour cette Commission de recours nouvellement créée, de *revoir l'inopportunité* de la décision que le débat s'est porté. Selon les initiateurs de cette proposition, cela se justifiait pour deux raisons principales : d'une part, parce que le Département alors compétent pouvait revoir cette question et supprimer cette compétence reviendrait à diminuer la protection juridictionnelle des requérants et, d'autre part, la possibilité de revoir l'opportunité était circonscrite en ce sens que la Commission devrait s'appuyer sur les instructions et directives du Conseil fédéral pour guider son examen. Cette subordination du contrôle de l'opportunité aux instructions et directives du Conseil fédéral est présentée par le Conseil des Etats comme le noyau de cette proposition (« *Kern des Vorschlag* ») et justifiée par le fait que c'est le Conseil fédéral qui assume la responsabilité de la politique d'asile de la Suisse¹³⁵¹.
- 876 Au moment de discuter de cette proposition, le Conseil national va dans le même sens à propos de ce dernier argument, en précisant que « le contrôle de l'opportunité de la décision de première instance devra se faire non seulement avec mesure et retenue, mais également dans l'esprit de la politique d'asile conduite par le Conseil fédéral et les directives et instructions émises à l'intention de l'office fédéral »¹³⁵².
- 877 C'est ainsi que le contrôle de l'inopportunité d'une décision *subordonné aux instructions et directives du Conseil fédéral* a fait son apparition à l'art. 11 al. 3 LA et qu'il est ensuite repris à l'art. 106 al. 1 let. c et al. 2 LAsi dont le

¹³⁴⁸ Cf. Message du Conseil fédéral du 25 avril 1990 à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile (APA) et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, FF 1990 II 537 et débats parlementaires qui ont suivi (cf. objet n° 90.025).

¹³⁴⁹ BO CE 1990 p. 354ss.

¹³⁵⁰ BO CE 1990 354.

¹³⁵¹ Intervention du Conseiller aux Etats Riccardo Jagmetti, BO CE 1990 355-356.

¹³⁵² Intervention du Conseiller national Dominique Ducret, BO CN 1990 1061.

second alinéa prévoit que « [p]our juger de l'inopportunité, la commission de recours est tenue de respecter les directives et les instructions particulières du Conseil fédéral ». La disposition a été divisée en deux parties pour des questions de technique législative, mais son contenu reste le même que son prédécesseur, l'art. 11 al. 3 LA¹³⁵³. La référence aux directives et instructions du Conseil fédéral a ensuite été supprimée au 1^{er} janvier 2007 dans le cadre de la réforme de la justice et des adaptations à la LTF et la LTAf¹³⁵⁴.

Le contrôle de l'opportunité dans la LAsi a été *supprimé* par le Parlement le 14 décembre 2012 avec la modification d'autres mesures non urgentes (projet 1 de la restructuration du domaine de l'asile). L'entrée en vigueur de ces modifications a été fixée par le Conseil fédéral aux 1^{er} janvier et février 2014. Comme aucun référendum n'a été déposé, le peuple n'a pas eu à se prononcer sur cette partie de la restructuration¹³⁵⁵. La suppression du contrôle de l'opportunité n'est mentionnée ni dans le message du Conseil fédéral de 2010¹³⁵⁶, ni dans son message complémentaire de 2011¹³⁵⁷. Cette modification vient d'une proposition de la Commission politique du Conseil national et, après quelques discussions, elle est acceptée par les deux Conseils¹³⁵⁸. Elle prend place dans le contexte d'adoption de diverses mesures prises en vue d'accélérer les procédures¹³⁵⁹.

878

(iii) *L'opportunité d'un contrôle étendu à l'opportunité dans le domaine de l'asile*

Cette modification de l'art. 106 al. 1 LAsi constitue *une restriction au pouvoir d'examen* du Tribunal administratif fédéral qui ne peut désormais plus qu'examiner si le SEM a respecté les prescriptions légales, y compris dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, et a correctement établi l'état de fait¹³⁶⁰. Dès

879

¹³⁵³ Message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, FF 1996 II 1, 111.

¹³⁵⁴ RO 2006 5599.

¹³⁵⁵ Message du Conseil fédéral du 11 septembre 2014 concernant la modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile, FF 2014 7771, 7784.

¹³⁵⁶ Message du Conseil fédéral du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035.

¹³⁵⁷ Message du Conseil fédéral du 23 septembre 2011 concernant la modification de la loi sur l'asile (Mesures à court terme), FF 2011 6735.

¹³⁵⁸ BO CN 2012 1131 et BO CE 2012 707.

¹³⁵⁹ ATAF 2014/26, consid. 5.5.

¹³⁶⁰ ATAF 2014/26, consid. 5.4.

lors, une fois que ce dernier s'est assuré du respect de ces aspects, il ne peut plus modifier la décision même si une autre lui aurait paru plus opportune¹³⁶¹.

880 De manière générale, l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral au grief de l'opportunité, tel que prévu par l'art. 49 PA, est régulièrement discutée que ce soit au Parlement (N 102) ou dans la doctrine¹³⁶².

881 Traditionnellement, la possibilité de revoir le grief d'opportunité est prévue dans le cadre du recours hiérarchique (N 496). En effet, puisque le gouvernement supporte une responsabilité politique et qu'il peut émettre des directives et instructions afin de donner une certaine ligne de conduite à l'administration, il semble sensé qu'il puisse en contrôler l'application à travers le grief d'inopportunité¹³⁶³. C'est d'ailleurs à cette condition que le contrôle de l'opportunité a pu être introduit à l'art. 11 al. 3 LA puisqu'il était expressément subordonné au respect des directives et instructions du Conseil fédéral (N 875). Dès lors, la possibilité, pour le Tribunal administratif fédéral, de revoir l'opportunité d'une décision *apparaît comme une sorte d'anomalie* dans le panorama du contrôle juridictionnel (N 502).

882 Cependant, sa suppression dans le domaine de l'asile est *questionnable* et ceci pour plusieurs raisons. Le premier point à relever est que cette suppression n'était pas prévue dans les messages du Conseil fédéral et que les justifications avancées par les parlementaires ne convainquent pas pleinement. Certaines interventions ont mis en avant qu'il ne ressortait pas de la compétence d'un tribunal de revoir l'opportunité, sans pour autant faire un lien direct avec l'asile¹³⁶⁴. Or, si cet argument est compréhensible, il devrait faire l'objet d'un débat où on reverrait de manière globale les motifs de recours admissibles devant le Tribunal administratif fédéral et non lors d'une révision sectorielle¹³⁶⁵. En effet, comment justifier que le Tribunal administratif fédéral ne puisse plus revoir l'opportunité de la décision pour ce qui a trait à la partie asile, mais puisse revoir ce grief concernant l'exécution du renvoi du requérant débouté (N 867)¹³⁶⁶ ?

¹³⁶¹ Cf. ATAF 2015/9, consid. 8.1.

¹³⁶² TANQUEREL (2018), N 522.

¹³⁶³ SEGESSENMANN (2013), p. 12-13.

¹³⁶⁴ Intervention de la Conseillère nationale Isabelle Moret, BO CN 2012 1172.

¹³⁶⁵ SEGESSENMANN (2013), p. 13.

¹³⁶⁶ Dans ce sens, Intervention du Conseiller aux Etats Hans Stöckli, BO CE 2012 707 ; question tranchée dans l'ATAF 2014/26.

Devant le Parlement, le motif *d'accélération des procédures* a également été avancé comme justificatif¹³⁶⁷. Là aussi, nous nous interrogeons sur la conséquence de cette modification sur la durée des procédures. Cette suppression a d'ailleurs été critiquée dans la doctrine, notamment par SCHINDLER, qui avance que c'est contre-productif et que cela pourrait mener à plus de jugements cassatoires, avec renvoi au SEM, que de réforme et irait donc à l'inverse de l'objectif d'accélération avancé par le Parlement¹³⁶⁸. Cette critique ne nous semble cependant pas fondée puisque le Tribunal administratif fédéral procédait principalement à un contrôle de l'inopportunité pour les décisions de non-entrée en matière Dublin (art. 31a al. 1 let. b LAsi), quant au fait de savoir si le SEM aurait dû faire usage de la clause de souveraineté. Or, quand ce dernier doit se pencher sur une décision de non-entrée en matière, il n'examine que le bien-fondé de la décision de non-entrée en matière et ne procède pas à un examen quant au fond. Dès lors, en cas d'admission du recours, la cause est systématiquement renvoyée à l'instance inférieure¹³⁶⁹. 883

En plus des éléments débattus devant le Parlement, *d'autres motifs plaident contre la suppression* du contrôle de l'opportunité dans le domaine de l'asile, à savoir que le Tribunal administratif fédéral est la seule instance judiciaire à revoir les cas relevant du domaine de l'asile, un recours au Tribunal fédéral étant exclu¹³⁷⁰. Le message du Conseil fédéral relatif à la réforme de la justice justifie d'ailleurs le maintien du contrôle de l'opportunité par le Tribunal administratif fédéral en ces mots : « [i]l importe qu'une décision soit vérifiée au moins une fois du point de vue de son opportunité, si l'on ne veut pas que la protection juridictionnelle soit amputée »¹³⁷¹. Dès lors, la suppression du contrôle de l'opportunité, en réduisant l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral, diminue également la protection juridictionnelle des individus dans un domaine où les biens juridiques en jeu sont extrêmement importants puisque l'on touche au droit à la vie et à l'intégrité corporelle de la personne concernée¹³⁷². 884

Ensuite, les spécificités du domaine de l'asile – en particulier le nombre important de cas similaires traités chaque année et l'unité d'analyse pays du Tribunal administratif fédéral notamment – ont pour conséquence que ce dernier 885

¹³⁶⁷ Notamment intervention de la Conseillère aux Etats Christine Egerszegi-Obrist, BO CE 2012 707.

¹³⁶⁸ MONNET (2015), p. 429 ; SEGESSENMANN (2013), p. 20 ; SCHINDLER (2012), p. 565 ; Argument également avancé par le Conseiller aux Etats Hans Stöckli, BO CE 2012 707.

¹³⁶⁹ ATAF 2010/5, consid. 2 et 2007/8, consid. 5.

¹³⁷⁰ Cf. art. 83 let. d LTF.

¹³⁷¹ Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 4000, 4055.

¹³⁷² SEGESSENMANN (2013), p. 19.

possède autant de *connaissances spécialisées* que le SEM (cf. *infra* N 889). Il n'a donc pas à s'imposer de retenue dans les questions d'appréciation, à l'inverse de certains domaines spécifiques où l'autorité de première instance agit comme autorité spécialisée (« *Fachorgan* »)¹³⁷³.

886 Enfin, comme nous le verrons dans l'analyse de la jurisprudence antérieure à la suppression du contrôle de l'opportunité, ce motif de recours laissait une plus grande *liberté argumentative* au Tribunal administratif fédéral, en particulier dans les cas limites (cf. *infra* N 1266). Dès lors, au vu des raisons énumérées ci-dessus, il nous paraît regrettable que le contrôle de l'opportunité ait été supprimé de la LAsi.

b. L'absence de retenue du Tribunal administratif fédéral

887 Concernant la latitude de jugement (« *der Beurteilungsspielraum* »), le Tribunal administratif fédéral considère que l'interprétation et l'application de notions juridiques indéterminées sont des questions de droit qu'il revoit avec une pleine cognition¹³⁷⁴.

888 Néanmoins, il limite parfois sa cognition dans la mesure où la nature du litige l'exige. Ainsi, il fait preuve d'une *certaine retenue* lors du contrôle de l'interprétation et de l'application de notions juridiques indéterminées et accorde à l'autorité administrative une latitude de jugement lorsque se posent des questions d'interprétation que l'autorité précédente est en mesure d'apprécier de manière plus appropriée que le Tribunal administratif fédéral en raison de sa proximité locale, factuelle ou personnelle, ou lorsque l'application de la loi nécessite des appréciations et des évaluations dans des domaines spécifiques pour lesquels l'autorité de décision est mieux placée en raison de ses connaissances spécialisées (« *technisches Ermessen* »)¹³⁷⁵.

889 À cet égard, le domaine de l'*asile fait office d'exception*. Au vu du nombre important de cas traités, du fait que l'asile est un domaine comparativement étroit et bien délimité ainsi que pour des raisons historiques et organisationnelles, il considère être au bénéfice des mêmes connaissances spécialisées (« *Fachkompetenz* ») que le SEM. Dès lors, il n'y a pas de justifications pour qu'il s'impose de retenue lorsqu'il s'agit d'apprécier des questions, comme la situation dans les pays d'origine des requérants d'asile dans le cadre de l'examen de l'exigibilité du renvoi (art. 83 al. 4 LEI)¹³⁷⁶. En outre, un pouvoir

¹³⁷³ SEGESSENMANN (2013), p. 14.

¹³⁷⁴ ATAF 2015/9, consid. 6.1.

¹³⁷⁵ ATAF 2015/9, consid. 6.1 et 2014/26, consid. 7.8; BINDER (2015), N 9.

¹³⁷⁶ ATAF 2014/26, consid. 7.8 et 2010/54, consid. 7.6 ; SCHINDLER (2013a), p. 370.

d'examen étendu se justifie également par l'importance des biens juridiques en jeu ainsi que par le fait que le Tribunal administratif fédéral est la seule instance judiciaire à revoir les cas d'asile¹³⁷⁷.

Cela a comme conséquence que, dans ce domaine, *l'intensité de son pouvoir d'examen est plutôt élevée*¹³⁷⁸. Les raisons d'un tel contrôle sont énumérées par le Tribunal administratif dans sa jurisprudence¹³⁷⁹. D'abord, au vu du nombre important de cas traités dans un domaine relativement bien délimité. En effet, il rend chaque année plusieurs milliers de décisions dans ce domaine¹³⁸⁰. Ensuite, pour des raisons historiques : certains juges et greffiers travaillaient déjà dans ce domaine du temps de la Commission de recours en matière d'asile (CRA). Ayant participé à l'élaboration de la jurisprudence de ces dernières décennies, ils sont au bénéfice de connaissances approfondies de ce domaine. Enfin, pour des raisons organisationnelles : dans le cadre des analyses-pays, le Tribunal administratif fédéral dispose d'une unité d'analyse-pays, qui est rattachée à son Secrétariat général, et lui permet d'être au bénéfice des mêmes connaissances spécialisées que le SEM (N 723)¹³⁸¹. 890

c. Les arrêts de référence et les analyses-pays

En complément aux décisions publiées (ATAF), le Tribunal administratif fédéral sélectionne également d'autres jugements, sous la catégorie « *arrêts de référence* », pour leur importance dans un domaine spécifique particulier. Tel est le cas en droit d'asile où plusieurs arrêts ayant un intérêt majeur pour la pratique relative à certains pays de provenance ou à certains Etats Dublin ont été sélectionnés¹³⁸². 891

La particularité de ces arrêts est que l'appréciation juridique est basée sur une analyse factuelle de la situation dans un pays particulier, à un moment donné. Ces analyses sont généralement faites pour répondre à une question en lien avec la qualité de réfugié (art. 3 LAsi), l'exécution du renvoi (art. 83 LEI) ou 892

¹³⁷⁷ ATAF 2010/54, consid. 7.4.2.

¹³⁷⁸ SCHINDLER (2010), N 473.

¹³⁷⁹ ATAF 2014/26, consid. 7.8 et 2010/54, consid. 7.5.

¹³⁸⁰ En 2021, le Tribunal administratif fédéral a liquidé 3290 affaires en droit d'asile, sur un total, pour l'ensemble du Tribunal, de 5976 affaires liquidées (cf. Rapport de gestion du Tribunal administratif fédéral 2021, p. 80-81 [disponible sur : <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/rapports-de-gestion.html>]).

¹³⁸¹ ATAF 2010/54, consid. 7.5.1 ; BINDER (2015), N 11; MARIOTTI/ROSSET (2020), p. 5.

¹³⁸² Tribunal administratif fédéral, Arrêts de référence, in : <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/jurisprudence/arrets-de-reference.html> (consulté le 10 avril 2022).

un transfert Dublin. En outre, ces arrêts – parfois qualifiés de « *précédents factuels* »¹³⁸³ – ont une portée générale, à savoir qu'ils ont vocation à s'appliquer au-delà du cas d'espèce et valent pour une pluralité de procédure. Cependant, si ces précédents factuels ont une nature contraignante, ils posent des présomptions et ne dispensent pas les autorités d'examiner chaque cas d'espèce et d'évaluer si les circonstances particulières nécessitent de déroger à la pratique générale¹³⁸⁴.

- 893 Ces analyses sont principalement basées sur les informations sur les pays de provenance (« *Country of Origin Information – COI* »). Ces informations permettent de replacer le récit des requérants d'asile dans leur contexte et d'aider à apprécier la situation des pays d'origine ou de transit des personnes en quête d'une protection internationale. À ce titre, elles sont utiles tant aux représentants juridiques, qu'au SEM et au Tribunal administratif fédéral¹³⁸⁵.
- 894 Si nous abordons cette thématique ici, c'est pour relever, d'une part, la spécificité de ces précédents factuels, et, d'autre part, *la marge de manœuvre* des autorités dans l'appréciation juridique des COI. À cet égard, si le SEM est au bénéfice d'une certaine marge de manœuvre, le Tribunal administratif ne s'impose pas de retenue pour revoir les analyses-pays et procéder à sa propre appréciation (N 890).
- 895 En outre, il arrive que celui-ci ait à se pencher sur la *conformité d'un changement de pratique* opéré par le SEM. Il ne peut, en tant qu'autorité précédente, s'écarter sans raison de la jurisprudence rendue par le Tribunal administratif fédéral, en tant qu'autorité de dernière instance. Bien qu'aucune base légale ne pose ce principe, cela découle, selon la jurisprudence, directement des principes constitutionnels de l'Etat de droit, de la sécurité du droit et de l'égalité de traitement¹³⁸⁶.
- 896 Dès lors, il n'y a pas de place pour une pratique contradictoire de la part du SEM concernant la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, sauf dans deux cas de figure particuliers. Le premier est celui de l'écoulement du temps depuis la jurisprudence en question qui justifie un changement de pratique. Le second cas de figure est celui d'une aggravation rapide et dramatique de la situation sécuritaire dans le pays d'origine, par exemple en cas de déclenchement d'un conflit armé. En cas de changement de pratique du SEM, non compris dans les deux exceptions susmentionnées, le Tribunal administratif fédéral

¹³⁸³ Expression empruntée à la jurisprudence britannique, cf. MARIOTTI/ROSSET (2020), p. 6.

¹³⁸⁴ ATAF 2014/26, consid. 8 ; MARIOTTI/ROSSET (2020), p. 6.

¹³⁸⁵ SCHUSTER ADRIAN, Excursus : Informations sur les pays de provenance dans la procédure (COI), in : OSAR, Manuel, p. 309.

¹³⁸⁶ ATAF 2010/54, consid. 8.1 ; MARIOTTI/ROSSET (2020), p. 5.

peut annuler la décision attaquée dans le cadre d'une procédure simplifiée (art. 111 let. e LAsi) et renvoyer la décision au SEM avec pour instruction de s'en tenir à la pratique publiée¹³⁸⁷. Ce mécanisme constitue ainsi un *facteur limitant* de la marge de manœuvre du SEM.

La marge de manœuvre des autorités transparait en particulier *lorsque l'évaluation des faits n'est pas univoque* et que se pose la question de la force probante à attribuer aux COI. Cette situation peut se présenter lorsque, par exemple, il est difficile d'accéder aux informations pertinentes (sources primaires) ou que la situation du pays n'est pas stable¹³⁸⁸. Tel a notamment été le cas avec les trois derniers arrêts de référence rendus sur l'Érythrée¹³⁸⁹. En effet, à cause du régime politique en place, il existe peu de sources fiables et d'informations vérifiables basées sur des données empiriques. La plupart des informations provenant de sources extérieures à l'Érythrée sont des opinions, des suppositions, des spéculations et des estimations. Cette situation a amené le Tribunal administratif fédéral à qualifier ce pays de « boîte noire »¹³⁹⁰. 897

Dès lors, le résultat retenu par le Tribunal administratif fédéral met en avant la grande marge de manœuvre dont il dispose dans ce domaine et sa composante politique. En effet, ses arrêts s'appliquant à l'ensemble des cas futurs impliquant des ressortissants érythréens¹³⁹¹, ils ont des répercussions sur la politique d'admission de la Suisse. 898

4. Le pouvoir d'examen en droit des étrangers et du droit de cité

a. En général

Nous avons examiné de manière générale le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral dans la partie précédente¹³⁹². Il est régi, dans la cour VI, 899

¹³⁸⁷ ATAF 2010/54, consid. 9 ; MARIOTTI/ROSSET (2020), p. 5-6.

¹³⁸⁸ SCHUSTER ADRIAN, Excursus : Informations sur les pays de provenance dans la procédure (COI), in : OSAR, Manuel, p. 310.

¹³⁸⁹ ATAF 2018 VI/4, Arrêts du TAF D-2311/2016 du 17 août 2017 et D-7898/2015 du 30 janvier 2017.

¹³⁹⁰ Arrêt du TAF D-7898/2015 du 30 janvier 2017, consid. 4.6.

¹³⁹¹ Jusqu'en 2020, l'Érythrée était le principal pays de provenance des requérants d'asile (<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/sem/medien/mm.msg-id-82180.html> [consulté le 10 avril 2022]). En 2021, il reste un des principaux pays de provenance des requérants d'asile (<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/sem/medien/mm.msg-id-87177.html> [consulté le 10 avril 2022]).

¹³⁹² Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point II.

par l'art. 49 PA¹³⁹³. Cela implique que le Tribunal administratif fédéral est au bénéfice d'un pouvoir d'examen étendu à l'opportunité (N 500).

900 Le champ d'application matériel de la cour VI est plus étendu que celui des cours IV et V. En effet, en droit des étrangers, il revoit en particulier les affaires relevant de la procédure d'approbation, les interdictions d'entrée, les cas d'apatridie, les questions relatives aux visas et aux documents de voyage, certaines questions relatives au regroupement familial des personnes admises à titre provisoire et les décisions d'expulsion de Fedpol. Concernant le droit de cité, il examine en particulier les naturalisations facilitées et le refus de l'autorisation fédérale concernant la naturalisation ordinaire. En outre, il revoit également certaines questions liées au domaine de l'asile¹³⁹⁴.

b. Les décisions où le SEM est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation

901 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal administratif fédéral dispose en principe d'un plein pouvoir d'examen qui lui permet de revoir librement l'application du droit par l'autorité inférieure, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'opportunité de la décision attaquée (art. 49 PA).

902 Dans les cas où il existe un pouvoir d'appréciation, le Tribunal administratif fédéral est guidé par le cadre posé par l'art. 96 LEI (N 810ss). Par son large pouvoir d'examen, il n'a pas seulement à déterminer si la décision du SEM respecte les règles de droit, mais également si elle constitue une solution adéquate par rapport aux faits. La jurisprudence atténue toutefois ce principe dans certaines situations. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral s'impose parfois *une certaine retenue* lorsque l'autorité inférieure était au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation¹³⁹⁵.

903 Tel est par exemple le cas lorsqu'il s'agit d'apprécier si un recourant demandant la naturalisation ordinaire représente une mise en danger pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 11 let. c LN), appréciation ayant une composante politique¹³⁹⁶. Tel est également le cas lorsqu'interviennent, dans le processus décisionnel, des autorités spécialisées comme Fedpol après

¹³⁹³ Par renvoi de l'art. 37 LTAF auquel renvoient les art. 112 LEI pour le droit des étrangers et 46 LN pour le droit de cité.

¹³⁹⁴ Tribunal administratif fédéral, Cour VI, in : <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/organisation/les-cours/cour-vi.html> (consulté le 10 avril 2022).

¹³⁹⁵ ATAF 2019 VII/5, consid. 6.4 et références citées ; Arrêt du TAF F-5322/2017 du 20 décembre 2019, consid. 6.4.

¹³⁹⁶ Cette question particulière est examinée en détail ci-après dans le chap. 3, point III. B. 3. c.

consultation du SRC qui peut interdire l'entrée à un étranger qui représente une menace pour la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse (art. 67 al. 4 LEI)¹³⁹⁷.

Cependant, dans la majorité des procédures ayant lieu devant la cour VI et à l'exception des cas susmentionnés (N 903), aucun des motifs (développés dans le chap. 4 de la partie précédente¹³⁹⁸) justifiant une retenue n'est présent. Le Tribunal administratif fédéral tranche donc avec un plein pouvoir d'examen. Tel est en particulier le cas lorsqu'il revoit une interdiction d'entrée (art. 67 LEI) ou les cas de refus d'approbation du SEM (art. 99 LEI). 904

La casuistique relative à l'examen de l'opportunité par le Tribunal administratif fédéral en droit des étrangers et droit de cité est développée dans le prochain chapitre (chap. 3, point IV. B. 2.). 905

C. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

1. L'étendue de son pouvoir d'examen

Le Tribunal fédéral est composé de cinq cours qui se répartissent les affaires en fonction du domaine concerné. Il compte deux cours qui traitent des affaires de droit public. En droit des personnes étrangères, la première cour de droit public connaît des affaires relatives au droit de cité alors que la deuxième cour de droit public traite des autres questions de droit des étrangers¹³⁹⁹. 906

La procédure devant le Tribunal fédéral est *régie par la LTF*. Celle-ci prévoit que, dans le recours en matière de droit public, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est limité quant aux faits et au droit et en exclut le contrôle de l'opportunité (art. 105-106 LTF)¹⁴⁰⁰. Si l'autorité précédente est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation, il contrôle si celle-ci a respecté les limites imposées par le droit. En revanche à l'intérieur de ces limites, il ne revoit pas si la décision retenue est opportune ou non¹⁴⁰¹. 907

¹³⁹⁷ Arrêt du TAF F-1954/2017 du 8 avril 2019, consid. 6.3 et 9.4 non publié in ATAF 2019 VII/6.

¹³⁹⁸ En particulier, 2^{ème} partie, chap. 4, point V. B.

¹³⁹⁹ Tribunal fédéral, Compétence des Cours, <https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-gericht/federal-gerichts-geschaeftsverteilung.htm> (consulté le 10 avril 2022).

¹⁴⁰⁰ Concernant le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point III.

¹⁴⁰¹ Arrêt du TF 2C_240/2012 du 15 mars 2013, consid. 1.2 non publié in ATF 139 I 145.

908 Il n’y a pas de règles spécifiques qui régissent son pouvoir d’examen en droit des personnes étrangères. Cependant, comme nous l’avons vu, de nombreux domaines du droit des personnes étrangères sont exclus du recours en matière de droit public (art. 83 let. b-d LTF ; N 516). Certains domaines exclus du recours en matière de droit public, comme la naturalisation ordinaire, peuvent être portés devant le Tribunal fédéral par le biais du recours constitutionnel subsidiaire alors que d’autres domaines, comme l’asile – à l’exception des décisions d’extradition –, ne peuvent pas du tout être portés devant celui-ci¹⁴⁰².

2. L’enjeu du droit à une autorisation de séjour quant à la recevabilité du recours

909 Comme nous l’avons vu dans la partie précédente, de nombreux domaines relevant du droit des personnes étrangères sont inclus dans les clauses d’irrecevabilité de l’art. 83 LTF (art. 83 let. b-d LTF ; N 516ss). Cela a pour conséquence qu’une partie importante du contentieux relatif aux autorisations, en particulier pour les ressortissants d’Etats tiers, ne peut pas être porté devant le Tribunal fédéral¹⁴⁰³. Dès lors, un enjeu important, en lien avec la marge de manœuvre, est celui du *droit à une autorisation de séjour*¹⁴⁰⁴ permettant aux personnes concernées de séjourner le plus durablement possible en Suisse.

910 Cette distinction entre les dispositions prévoyant un droit à l’autorisation ou celles prévoyant une possibilité d’autorisation reflète un autre enjeu important : celui de l’étendue de *la protection juridictionnelle* de la personne étrangère. En effet, les personnes qui n’ont pas de droit à l’autorisation ne peuvent pas déposer de recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 83 let. c ch. 2 LTF). Seule leur est ouverte (aux conditions des art. 113ss LTF) la voie restreinte du recours constitutionnel subsidiaire. Dans ces cas de figure, c’est donc le tribunal cantonal ou le Tribunal administratif fédéral qui statue en dernière instance.

911 Certains cas de figure – comme le droit au regroupement familial avec une personne suisse ou le droit de séjour pour les personnes pouvant se prévaloir de l’ALCP – donnent *des droits* à une autorisation (cf. N 520).

¹⁴⁰² La LTF prévoit que l’autorité précédente doit être une autorité cantonale de dernière instance (art. 113 LTF) alors que les cas de droit d’asile sont tranchés par le Tribunal administratif fédéral.

¹⁴⁰³ UEBERSAX (2018), p. 26.

¹⁴⁰⁴ L’autorisation de séjour doit être comprise ici comme le *titre* de séjour comprenant tant une autorisation de courte durée, de séjour ou d’établissement.

D'autres procédures accordent un *pouvoir d'appréciation* à l'autorité. Dans ces cas-ci, les personnes étrangères n'ont pas de droit à l'autorisation. Cette marge de manœuvre se manifeste, en droit des personnes étrangères, dans la formulation potestative de certaines dispositions ainsi que dans l'usage de notions juridiques indéterminées, voire dans la combinaison des deux, comme c'est le cas de l'application de clause de souveraineté en lien avec le règlement Dublin III¹⁴⁰⁵. 912

Si ces deux cas de figure sont clairs (droit ou absence de droit), il existe une troisième catégorie où le droit à une autorisation ne ressort pas directement de la norme mais *découle d'une interprétation jurisprudentielle*. Tel est par exemple le cas du regroupement familial fondé sur l'art. 8 CEDH où le Tribunal fédéral a décidé que le regroupant devait être au bénéfice d'un droit de présence assuré pour pouvoir se prévaloir de cet article¹⁴⁰⁶. L'art. 8 CEDH ne donne pas un droit direct à séjourner en Suisse mais il peut, dans certains cas, être invoqué par la personne étrangère¹⁴⁰⁷. Comme nous le verrons, le Tribunal fédéral a fait une interprétation plutôt créatrice de cette disposition (cf. chap. 3, point II.). 913

Par exemple, le Tribunal fédéral a reconnu en février 2020, un droit de séjour durable fondé sur le respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH à une personne au bénéfice d'un permis B, du fait de son séjour en Suisse de 22 ans. Cela a comme conséquence qu'elle peut invoquer l'art. 8 CEDH comme fondement à sa demande de regroupement familial avec son épouse. Celle-ci doit encore remplir les conditions des art. 44 et 47 LEI pour que sa demande de regroupement familial soit admise¹⁴⁰⁸. 914

3. La retenue dans l'examen des questions d'appréciation

Si plusieurs procédures comportant une marge de manœuvre sont exclues de l'examen du Tribunal fédéral (N 908), celui-ci revoit tout de même des affaires où il doit procéder à une appréciation globale des circonstances ou à une pesée des intérêts. Dans les cas où c'est le régime de la LEI qui est applicable, son examen est guidé par l'art. 96 LEI¹⁴⁰⁹ qui structure l'exercice de son pouvoir d'appréciation (N 818ss)¹⁴¹⁰. 915

¹⁴⁰⁵ Cf. art. 29a OA 1 ; cet aspect est développé ci-après en lien avec la suppression du contrôle de l'opportunité, cf. chap. 3, point IV. C. 2.

¹⁴⁰⁶ NGUYEN (2015), p. 61-62.

¹⁴⁰⁷ ATF 145 I 227, consid. 3.1 ; BSK BGG-HÄBERLI THOMAS, Art. 83, N 80.

¹⁴⁰⁸ Cf. ATF 146 I 185.

¹⁴⁰⁹ ATF 140 I 145, consid. 4.3 et 138 II 393, consid. 3.4.

¹⁴¹⁰ ATF 139 I 330, consid. 2.4.1.

- 916 Lorsque les autorités administratives sont au bénéfice d'un *pouvoir d'appréciation*, il arrive que le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue pour respecter cette marge de manœuvre. Tel était le cas, par exemple, de l'examen de l'*intégration réussie* au sens de l'art. 50 al. 1 let. a LEI. À cet égard, le Tribunal fédéral a précisé ne revoir l'exercice de ce pouvoir d'appréciation qu'avec retenue¹⁴¹¹. Cependant, de nouvelles dispositions concernant l'intégration sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2019 et les critères d'intégration déterminants ont été uniformisés et coordonnés entre les différentes législations (LEI, LAsi et LN)¹⁴¹². Dès lors, nous pouvons imaginer que le pouvoir d'appréciation des autorités s'en trouve réduit quant à cette composante et que cela pourrait avoir une influence sur la retenue que s'impose ou non le Tribunal fédéral (N 778)¹⁴¹³.
- 917 Le Tribunal fédéral s'impose également une certaine retenue en présence de connaissances locales qui découlent de la *structure fédéraliste* de la Suisse. Tel est le cas dans les affaires relatives à la naturalisation ordinaire, en particulier lorsqu'il examine le grief de l'autonomie communale. En effet, dans ces cas-là, la commune est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation important que les autorités de recours se doivent de respecter¹⁴¹⁴.
- 918 Par contre, en droit des personnes étrangères, il ne s'impose généralement pas de retenue au motif que l'autorité inférieure est au bénéfice de *connaissances techniques* (cf. N 679)¹⁴¹⁵. Ainsi, il revoit en particulier la *pesée des intérêts* sans s'imposer de retenue. Tel est le cas dans les procédures concernant la révocation d'une autorisation à laquelle la personne étrangère a droit. En effet, l'art. 63 al. 1 LEI prévoit que l'autorité peut révoquer l'autorisation d'établissement d'une personne en présence de certains motifs comme lorsque la personne attend de manière très grave à la sécurité ou à l'ordre publics ou dépend durablement de l'aide sociale. Cependant, en plus de la présence d'un motif de révocation, celle-ci doit être proportionnée aux circonstances (art. 8 par. 2

¹⁴¹¹ Arrêts du TF 2C_642/2020 du 16 novembre 2020, consid. 5.1, 2C_615/2019 du 25 novembre 2019, consid. 5.2 et 2C_14/2014 du 27 août 2014, consid. 4.6.1 (non publié in ATF 140 II 345).

¹⁴¹² Message du Conseil fédéral du 8 mars 2013 relatif à la modification de la loi sur les étrangers (Intégration), FF 2013 2131, 2133.

¹⁴¹³ Cf. arrêt du TF 1D_4/2021 du 8 mars 2022 (destiné à la publication) dans lequel le Tribunal fédéral s'est penché sur le cadre entourant les connaissances linguistiques dans une procédure de naturalisation ordinaire. Cet arrêt est traité ci-après dans le chap. 3, point II. B. 5.

¹⁴¹⁴ ATF 137 I 235, consid. 2.4 ; pour plus de détails, cf. *infra* chap. 3, point III.

¹⁴¹⁵ Mentionnons à cet égard, l'arrêt en droit de la naturalisation ordinaire où le Tribunal fédéral précise qu'il s'impose une retenue pour revoir les compétences linguistiques, n'ayant pas les connaissances spécialisées nécessaires (Arrêt du TF 1D_4/2018 du 11 juillet 2019, consid. 4.6-4.7).

CEDH, 5 al. 2 Cst. et 96 LEI)¹⁴¹⁶. A cet égard, le Tribunal fédéral prend en considération, outre la gravité de la faute, la situation personnelle de l'étranger, son degré d'intégration, la durée de son séjour en Suisse ainsi que les inconvénients que lui et sa famille devraient subir si la mesure litigieuse était appliquée¹⁴¹⁷.

4. La jurisprudence créatrice du Tribunal fédéral

Si le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue lorsqu'il examine des questions pour lesquelles les autorités inférieures sont au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation, il a également fait preuve d'une jurisprudence créatrice qui a permis d'étendre la politique d'admission ainsi qu'une meilleure prise en considération des droits fondamentaux et humains¹⁴¹⁸. 919

À cet égard, l'art. 8 CEDH représente un terreau particulièrement fertile pour le développement d'une jurisprudence créatrice. En 1983 déjà, le Tribunal fédéral reconnaissait la faculté au conjoint étranger d'une personne au bénéfice d'un droit de présence en Suisse d'invoquer la protection de la vie familiale découlant de l'art. 8 CEDH¹⁴¹⁹. Au fil des années, il a développé une jurisprudence foisonnante en lien avec l'art. 8 CEDH que nous examinerons en détail dans le chapitre suivant (cf. chap. 3 point II.). 920

Il a également fait une interprétation créatrice de plusieurs *droits constitutionnels et conventionnels* en lien avec le droit des personnes étrangères. Concernant la naturalisation ordinaire, il a décidé, en 2003, que celle-ci était un acte individuel et concret et non plus politique, qui nécessitait d'être motivé¹⁴²⁰. Toujours dans ce domaine, en 2012, il modifie sa jurisprudence sur la qualité pour recourir afin que les personnes impliquées puissent invoquer l'interdiction de l'arbitraire et l'égalité de traitement¹⁴²¹. 921

Concernant les requérants d'asile déboutés (y compris pour ceux qui n'ont pas coopéré à l'exécution de leur renvoi), il a fait découler de l'art. 12 Cst. (droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse) un droit à une aide d'urgence minimale¹⁴²². 922

¹⁴¹⁶ ATF 142 II 265, consid. 5 ; 139 I 145, consid. 2.2 et 137 II 10, consid. 5.

¹⁴¹⁷ ATF 139 I 31, consid. 2.3.1 ; 139 I 16, consid. 2.2.1 et 135 II 377, consid. 4.3.

¹⁴¹⁸ UEBERSAX (2018), p. 26.

¹⁴¹⁹ ATF 109 Ib 183, consid. 2a ; UEBERSAX (2018), p. 26.

¹⁴²⁰ Cf. ATF 129 I 232 et 129 I 217.

¹⁴²¹ Cf. ATF 138 I 305; ces deux points sont développés en détail au chap. 3, point III. C. 1.

¹⁴²² ATF 131 I 166, consid. 7.1.

- 923 En 2011, à la suite de l'introduction de l'art. 98 al. 4 CC qui demande d'établir la légalité du séjour en Suisse pour pouvoir se marier, le Tribunal fédéral a décidé qu'une personne sans papiers désirant se marier en Suisse devait avoir la possibilité de se voir accorder une autorisation de séjour pendant la procédure préparatoire (en application de l'art. 17 al. 2 LEI par analogie). Dans le cas contraire, ce serait poser la présomption irréfragable qu'une personne sans papiers ne peut avoir qu'une volonté viciée de se marier. Ainsi appliquée, cette nouvelle disposition ne serait pas conforme aux art. 14 Cst. et 12 CEDH qui garantissent le droit au mariage¹⁴²³.
- 924 Ces différentes interprétations, bien que motivées uniquement juridiquement, ont des *répercussions sur la politique migratoire* de la Suisse ainsi que sur la marge de manœuvre des autorités dans l'application des points tranchés¹⁴²⁴.
- 925 Dans les paragraphes précédents, nous avons présenté l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral en fonction des questions examinées (retenue pour respecter le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative, l'autonomie communale ou l'examen de la proportionnalité ou jurisprudence créatrice). Dans le prochain chapitre, nous approfondissons ces aspects dans les procédures impliquant l'art. 8 CEDH ainsi que celle relative à la naturalisation ordinaire, à la lumière de la casuistique des instances fédérales et de la CourEDH. Cela nous permet d'examiner comment sont pris en compte, dans la pratique, les différents éléments de chaque cas d'espèce.

D. La position de la CourEDH dans les questions migratoires

- 926 Il faut tout d'abord relever que la CEDH ne régit pas en particulier le droit des personnes étrangères, même si certains articles trouvent à s'appliquer dans cette matière¹⁴²⁵. Son pouvoir d'examen ne comporte pas de particularités dans ce domaine. A cet égard, nous nous permettons ainsi de renvoyer à ce qui a été développé dans la partie précédente¹⁴²⁶.
- 927 Dans sa jurisprudence, la CourEDH rappelle que « d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur

¹⁴²³ ATF 137 I 351, consid. 3.

¹⁴²⁴ UEBERSAX (2018), p. 27.

¹⁴²⁵ BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. I : Droits humains, art. 3 CEDH, N 1 ; RENUCCI (2021), p. 337.

¹⁴²⁶ Cf. 2^{ème} partie, chap. 3, point IV. B.

sol »¹⁴²⁷. L'application des dispositions de la CEDH à des questions d'entrée, de séjour et d'éloignement relève ainsi d'une *construction jurisprudentielle* et confère une « *protection par ricochet* », ce qui signifie que la CEDH s'applique aux mesures d'expulsion, d'extradition ou de refus d'entrer sur le territoire lorsque ces mesures sont susceptibles de porter atteinte à un droit garanti par la CEDH¹⁴²⁸.

Ce sont les art. 3 (interdiction de la torture) et 8 CEDH (protection de la vie privée et familiale) qui sont le plus invoqués dans les affaires relatives au droit des personnes étrangères. 928

L'art. 3 CEDH est pertinent, en particulier dans le domaine de l'asile, en cas de risque d'expulsion dans un pays où la personne pourrait subir un risque de torture ou de traitement inhumain ou dégradant¹⁴²⁹. Cet article prévoit une protection *absolue*¹⁴³⁰. Cela signifie qu'aucun intérêt, aussi important soit-il, ne peut justifier sa violation et qu'il n'est pas admissible de le mettre en balance dans une pesée des intérêts¹⁴³¹. Dès lors, en cas d'application de l'art. 3 CEDH, la marge de manœuvre des autorités est relativement faible. 929

Au contraire, la protection de l'art. 8 CEDH est *relative*¹⁴³². Cela signifie qu'une atteinte peut y être portée aux conditions prévues par son par. 2. La CourEDH reconnaît que les autorités des Etats membres sont au bénéfice d'une *certaine marge d'appréciation* dans la mise en œuvre de leur politique migratoire et en particulier pour se prononcer sur la nécessité, dans une société démocratique, d'une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé par l'art. 8 CEDH et sur la proportionnalité de la mesure en question au but légitime poursuivi¹⁴³³. 930

À cet égard, une *politique migratoire restrictive* peut être considérée comme un but légitime si elle permet un rapport équilibré entre la population résidente suisse et étrangère, de la création de conditions-cadres favorables à 931

¹⁴²⁷ CourEDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, requête n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, par. 67.

¹⁴²⁸ BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. I : Droits humains, art. 3 CEDH, N 1 ; RENUCCI (2021), p. 337.

¹⁴²⁹ CourEDH, A.A. c. Suisse du 5 novembre 2019, requête n° 32218/17, par. 39 ; M.R. c. Suisse du 16 juin 2020, requête n° 6040/17, par. 33 et Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, par. 91.

¹⁴³⁰ LAMBERT (2007), p. 47.

¹⁴³¹ ATF 135 II 110, consid. 2.2.2 ; BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. I : Droits humains, art. 3 CEDH, N 3.

¹⁴³² LAMBERT (2007), p. 71.

¹⁴³³ Parmi d'autres, CourEDH, Kissiwa Koffi c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 64 ; repris dans ATF 139 I 145, consid. 2.5.

l'intégration des étrangers déjà résidents en Suisse et de l'amélioration de la structure du marché du travail¹⁴³⁴.

- 932 Enfin, de jurisprudence constante, la CourEDH considère que sa tâche consiste à déterminer si les mesures litigieuses ont respecté un *juste équilibre* entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, les droits de l'intéressé protégés par la Convention et, d'autre part, les intérêts de la société. La marge d'appréciation des Etats va donc de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La CourEDH a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une mesure d'éloignement d'une personne se concilie avec l'art. 8 CEDH¹⁴³⁵.

E. Une synthèse intermédiaire

- 933 Nous avons examiné l'étendue du pouvoir d'examen des instances de recours dans le domaine du droit des personnes étrangères. Le Tribunal administratif fédéral est au bénéfice d'un *pouvoir d'examen étendu*. En effet, en plus d'avoir un libre pouvoir d'examen concernant les faits, il peut également, dans les affaires relatives au droit des étrangers et au droit de cité, revoir l'opportunité de la décision (N 866).
- 934 Nous avons d'abord développé l'exercice du pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral dans le domaine de *l'asile*. Nous avons spécifiquement examiné l'art. 106 LAsi qui traite des motifs de recours dans ce domaine. En tant que *lex specialis*, il déroge à l'art. 49 PA (N 871). Cette exception n'est pas anecdotique puisque environ 60% des recours traités chaque année par le Tribunal administratif fédéral le sont par les cours compétentes en droit d'asile (N 872). Depuis 2014, ces dispositions divergent puisque le grief relatif à l'opportunité a été supprimé de l'art. 106 LAsi. Cette suppression est questionnable et plusieurs motifs plaident contre (N 882ss).
- 935 Nous avons ensuite relevé que ce domaine faisait *office d'exception* dans le panorama juridique. En effet, au vu du nombre important de cas traités ainsi que pour des raisons historiques et organisationnelles, le Tribunal administratif fédéral considère avoir les mêmes connaissances spécialisées que le SEM et ne s'impose donc pas de retenue pour revoir les questions

¹⁴³⁴ ATF 137 I 247, consid. 4.1.2 ; 135 I 153, consid. 2.2.1 et 135 I 143, consid. 2.2.

¹⁴³⁵ CourEDH, Kissiwa Koffi c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 64 et Gezginci Cevdet c. Suisse du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, par. 63.

d'appréciation (N 889). Cela est en particulier le cas pour les arrêts de référence portant sur une analyse-pays (N 891ss).

Après le domaine de l'asile, nous avons ensuite examiné l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal administratif dans les domaines *du droit des étrangers et du droit de cité*. C'est dans l'examen de ces cas que son pouvoir d'examen est le plus étendu. A cet égard, il revoit généralement librement les questions d'appréciation même si, dans certains cas spécifiques, il peut s'imposer une certaine retenue (N 903-904). 936

Puis, nous avons examiné l'étendue du *pouvoir d'examen du Tribunal fédéral*. Une partie des questions d'appréciation sont exclues de son examen par le biais des clauses d'irrecevabilité de l'art. 83 LTF, d'où l'enjeu important relatif au droit à une autorisation (N 909). Sa cognition est également limitée dans l'examen des faits et il ne revoit pas l'opportunité d'une décision (N 907). Son pouvoir d'examen est donc plus restreint que celui du Tribunal administratif fédéral. Cependant, il est tout de même appelé à revoir des questions d'appréciation dans l'examen desquelles son pouvoir d'examen est encadré par l'art. 96 LEI. 937

Il s'impose d'ailleurs une *certaine retenue* dans l'examen de notions juridiques indéterminée comme l'intégration (N 916) ou pour des motifs liés au fédéralisme lorsqu'il s'agit de revoir des questions de naturalisation ordinaire (N 917). Cependant, il ne s'impose généralement pas de retenue du fait de l'existence d'éventuelles connaissances spécialisées des instances précédentes (N 918). 938

Dans d'autres cas, sa jurisprudence s'avère *plutôt créatrice*. Tel est en particulier le cas lorsqu'il interprète la portée de certains droits fondamentaux : la portée du droit à la vie privée et familiale (N 920), la qualification de la décision de naturalisation (N 921), le droit à l'aide d'urgence pour les requérants d'asile déboutés (N 922) ou le droit au mariage pour les personnes sans-papiers (N 923). 939

Enfin, concernant la *CourEDH*, celle-ci ne régit pas spécifiquement le domaine de la migration. Cependant, ce sont les art. 3 et 8 CEDH qui sont le plus souvent examinés dans les affaires migratoires (N 926). L'art. 3 CEDH accorde une protection absolue et, à ce titre, ne laisse pas de marge de manœuvre aux autorités (N 929). Au contraire, l'art. 8 CEDH accorde une protection relative qui nécessite en particulier un examen de la proportionnalité. A ce titre, la CourEDH reconnaît aux Etats une marge d'appréciation dans la mise en œuvre de leur politique migratoire et se contente de déterminer si les mesures litigieuses ont respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence (N 930). 940

III. Une conclusion intermédiaire

- 941 Ce chapitre nous a permis de traiter différents aspects de la marge de manœuvre en droit des personnes étrangères.
- 942 Nous avons d'abord examiné les fondements de la marge de manœuvre des autorités en droit des personnes étrangères. Nous avons brièvement exposé quelles étaient les autorités compétentes en droit des personnes étrangères (N 803). Nous avons ensuite développé le cadre posé aux autorités par l'art. 96 LEI en présence d'un pouvoir d'appréciation (N 810). Enfin, nous avons développé l'évolution de la marge de manœuvre des autorités en droit des personnes étrangères. Si, lors de l'entrée en vigueur de la LSEE, leur marge de manœuvre était importante, celle-ci s'est considérablement réduite. En effet, d'une part, la densité normative a augmenté et, d'autre part, la densité du contrôle opéré par les instances judiciaires a également augmenté (N 853).
- 943 Sur cette base, nous formulons notre **thèse n° 7** qui met en exergue ceci : contrairement à d'autres domaines du droit public (cf. thèse n° 2 ; N 220), en droit des personnes étrangères, la marge de manœuvre des autorités administratives a, au fil du temps, diminué, à travers les interventions du législateur et l'augmentation de la densité du contrôle.
- 944 Ensuite, nous nous sommes penchés sur l'étendue du pouvoir d'examen des autorités de recours fédérales ainsi que sur la position de la CourEDH dans le domaine migratoire.
- 945 Concernant le *Tribunal administratif fédéral*, il dispose, en droit des étrangers et en droit de cité, d'un plein pouvoir d'examen alors que, en droit d'asile, celui-ci est plus limité, le contrôle de l'opportunité ayant été exclu de sa compétence (N 936). Or, tant en droit des étrangers et droit de cité qu'en droit d'asile avant sa suppression, peu de recours sont admis sur la base de l'inopportunité de la décision. Dans l'examen des questions d'appréciation, il ne s'impose pas de retenue ni en droit d'asile (N 934) ni dans le domaine du droit des étrangers et du droit de cité, sauf dans quelques cas spécifiques (N 903). Ainsi, en droit des personnes étrangères, le Tribunal administratif fédéral opère un contrôle plutôt extensif sur les décisions qui lui sont soumises.
- 946 Concernant le *Tribunal fédéral*, certaines questions d'appréciation sont soustraites de son examen à cause des clauses d'irrecevabilité de l'art. 83 LTF (N 933). Pour les questions d'appréciation qu'il revoit, il s'impose parfois une retenue en présence de notions juridiques indéterminées ou pour des raisons liées au fédéralisme (N 938). Au contraire, lorsqu'il interprète les droits fondamentaux, il fait plutôt preuve d'une jurisprudence créatrice (N 939).

Concernant la *CourEDH*, l'intensité de son contrôle varie en fonction de l'article examiné. En effet, si l'art. 3 CEDH accorde une protection absolue, l'art. 8 CEDH accorde seulement une protection relative et la *CourEDH* reconnaît donc, dans ce cas de figure, une marge d'appréciation à l'Etat (N 940). 947

Sur la base de ce qui précède, nous soutenons, dans notre **thèse n° 8**, que les autorités de contrôle s'imposent peu de retenue en droit des personnes étrangères. A l'inverse, il y a même plusieurs cas de figure où leur pouvoir d'examen est exercé de manière créatrice. 948

Chapitre 3 : Les thématiques choisies

Dans ce chapitre, nous commençons par expliquer pourquoi nous avons choisi de développer trois thématiques particulières (point I.). Ensuite, nous développons l'art. 8 CEDH dans ses volets relatifs à la vie privée et à la vie familiale (point II.), l'étendue du pouvoir d'examen en droit de la naturalisation ordinaire (point III.) et la portée du contrôle de l'opportunité devant le Tribunal administratif fédéral (point IV.). Enfin, nous formulons une conclusion intermédiaire (point V.). 949

I. Le choix des thématiques

Comme nous l'avons expliqué précédemment, les procédures en droit des personnes étrangères sont nombreuses et plusieurs accordent une marge de manœuvre aux autorités compétentes (N 768ss). Au vu de l'abondance de la jurisprudence fédérale (et internationale), l'analyse de l'ensemble de ces procédures dépasse largement le cadre de ce travail. C'est pourquoi nous avons choisi trois thématiques qui sont particulièrement intéressantes du point de vue de la marge de manœuvre. Les deux premières illustrent les tendances que nous avons relevées dans la deuxième partie : le pouvoir d'examen exercé de manière créatrice ou avec retenue¹⁴³⁶. La troisième traite d'un aspect plus procédural, à savoir la portée du contrôle de l'opportunité auprès d'une instance judiciaire. 950

Pour la première, il s'agit de l'art. 8 CEDH (point II.) qui illustre la possibilité d'une jurisprudence évolutive et créatrice en présence d'une norme à faible densité normative et, la deuxième, la naturalisation ordinaire qui explicite la retenue des autorités de recours et en particulier du Tribunal fédéral (point III). La troisième examine les cas dans lesquels le Tribunal administratif fédéral a admis des recours sur la base du grief de l'opportunité (point IV). 951

¹⁴³⁶ Cf. 2^{ème} partie, chap. 4, point IV.

II. Le droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)

952 Après quelques généralités sur le droit à la vie privée et familiale (point A.), nous abordons la casuistique relative à l’art. 8 CEDH (point B.). Puis, nous proposons une mise en perspective critique de l’art. 8 CEDH en lien avec la marge de manœuvre des autorités (point C.). Enfin, nous formulons une synthèse intermédiaire (point D.).

A. Quelques généralités

1. Les notions

953 L’art. 8 par. 1 CEDH garantit le droit au respect de la vie privée et familiale de chacun. En outre, bien que cela ne ressorte pas expressément de la lettre de l’article, il protège également le droit au respect du domicile et de la correspondance¹⁴³⁷. En droit interne, l’art. 13 Cst., sur la protection de la sphère privée, protège également le droit à la vie privée et familiale dans une portée correspondant à celle de l’art. 8 CEDH¹⁴³⁸.

954 Le droit au respect de la *vie familiale*, consacré par l’art. 8 CEDH, protège la cohabitation des membres d’une famille¹⁴³⁹. Il vise en premier lieu la famille nucléaire, à savoir la réunion d’époux ou de parents avec leurs enfants mineurs¹⁴⁴⁰. Cependant, la notion de vie familiale n’a pas un contenu fixe et clairement défini. Au contraire, elle est souple et flexible et a pour but de protéger, en premier lieu, les relations non pas juridiques, mais de fait entre les membres de la famille¹⁴⁴¹. Cela implique également, par exemple, les rapports entre des parents ayant souhaité avoir un enfant ou les enfants nés de mère porteuse¹⁴⁴².

955 Dans cette dernière composante, cet article impose deux types d’obligation à l’Etat. D’une part, il implique une obligation *négative* de ne pas commettre d’ingérence arbitraire, à savoir ne pas séparer les membres d’une famille sans raison¹⁴⁴³. Ce droit ne peut être invoqué que si on ne peut attendre des membres

¹⁴³⁷ GRABENWARTER (2014), Art. 8 ECHR, N 1.

¹⁴³⁸ ATF 137 I 284, consid. 2.1 ; Arrêt du TF 2C_505/2009 du 29 mars 2010, consid. 5.1 non publié in ATF 136 I 285 ; ATAF 2007/45, consid. 5.3 et 2016/33, consid. 7.2.

¹⁴³⁹ CARONI/MEISSER (2016), p. 27.

¹⁴⁴⁰ ATF 145 I 227, consid. 5.3 et références.

¹⁴⁴¹ CourEDH, M.P.E.V et autres c. Suisse du 8 juillet 2014, requête n° 3910/13, par. 31 ; ATF 135 I 143, consid. 3.1.

¹⁴⁴² CARONI/MEISSER (2016), p. 27.

¹⁴⁴³ MALINVERNI ET AL. (2021a), N 421 et 425.

de la famille qu'ils réalisent leur vie de famille à l'étranger¹⁴⁴⁴. D'autre part, l'article implique une obligation *positive* pour l'Etat d'adopter, si nécessaire, des mesures permettant de faciliter l'exercice effectif de ce droit¹⁴⁴⁵. Toutefois, la frontière entre ces obligations n'est pas toujours claire, ce qui ne porte pas préjudice puisque les principes applicables sont comparables. En effet, pour ces deux types d'obligations, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents des individus et de la société dans son ensemble et du fait que l'Etat jouit, à cet égard, d'une certaine marge d'appréciation¹⁴⁴⁶.

La notion de *vie privée* est plus large que celle de vie familiale (N 954). Il n'existe pas de définition claire de la notion de vie privée, mais cette dernière a pour but de garantir à l'individu une sphère à l'intérieur de laquelle il peut librement se développer et s'épanouir¹⁴⁴⁷. Elle comporte ainsi plusieurs facettes, comme le respect de l'intégrité physique ou morale de la personne, le droit à nouer et entretenir des liens avec ses semblables et le monde extérieur ou encore des aspects de l'identité sociale d'une personne¹⁴⁴⁸. C'est en fonction des circonstances de l'affaire portée devant elle que la CourEDH ainsi que le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral décideront s'il convient de mettre l'accent sur la vie familiale ou la vie privée – ou encore les deux aspects combinés¹⁴⁴⁹ – de la personne¹⁴⁵⁰. 956

L'art. 8 CEDH trouve *application* notamment lorsque la LEI ne contient pas de prescriptions expresses¹⁴⁵¹ ou que la personne requérante ne remplit pas les conditions prévues par le droit interne. Tel est par exemple le cas lorsque la personne demande la prolongation de son autorisation de séjour à la suite d'un 957

¹⁴⁴⁴ ATF 136 I 285, consid. 5.1.

¹⁴⁴⁵ CourEDH, Polidario c. Suisse du 30 juillet 2013, requête n° 33169/10, par. 63 ; MALINVERNI ET AL. (2021a), N 431 ; HAEFLIGER/SCHÜRMAN (2014), p. 31.

¹⁴⁴⁶ CourEDH, El Ghatet c. Suisse du 8 février 2017, requête n° 56971/10, par. 43 et Berisha c. Suisse du 30 juillet 2013, requête n° 948/12, par. 47.

¹⁴⁴⁷ GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, Art. 8 CEDH, N 19, in : Gonin/Bigler, Commentaire de la CEDH – Art. 1 à 18 ; GRABENWARTER (2014), Art. 8 ECHR, N 6.

¹⁴⁴⁸ CourEDH, Üner c. Pays-Bas du 18 octobre 2006, requête n° 46410/99, par. 59 ; ATAF 2013/49, consid. 8.5 ; BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. I : Droits humains, art. 8 CEDH, N 5 ; CARONI/MEISSER (2016), p. 27.

¹⁴⁴⁹ CourEDH, I.M. c. Suisse du 9 avril 2019, requête n° 23887/16, par. 60-63 ; Ukaj c. Suisse du 24 juin 2014, requête n° 32493/08, par. 30 et Hasanbasic c. Suisse du 11 juin 2013, requête n° 52166/09, par. 49.

¹⁴⁵⁰ CourEDH, Palanci c. Suisse du 25 mars 2014, requête n° 2607/08, par. 50 ; Shala Isak c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n° 52873/09, par. 39 et Gezginci Cevdet c. Suisse du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, par. 56 ; UEBERSAX ET AL. (2021), p. 133.

¹⁴⁵¹ SEM, Directives LEI, chap. 6.17.1, p. 145 (état au 1^{er} mars 2022).

divorce et qu'elle ne remplit pas les conditions de l'art. 50 LEI¹⁴⁵². En outre, les garanties prévues par cet article, ainsi que par l'art 13 Cst., servent également de guide à l'autorité dans l'interprétation de la loi et la limitent dans le pouvoir d'appréciation que cette dernière lui laisse¹⁴⁵³.

2. Les conditions d'application

- 958 Plusieurs conditions doivent être remplies pour que la personne étrangère puisse se prévaloir d'un droit au regroupement familial fondé sur l'art. 8 CEDH devant les tribunaux suisses.
- 959 Premièrement, il doit exister une *relation familiale étroite et effective*. On entend par relation familiale, principalement, les relations issues du mariage (y compris le partenariat enregistré) ainsi que les relations entre parents et enfants mineurs. Dans certains cas, la jurisprudence a reconnu plus largement cette notion lorsqu'il existe un lien effectif et un rapport de dépendance particulier (notamment en présence d'un handicap ou d'une maladie graves¹⁴⁵⁴) envers le titulaire d'un droit de présence assuré et son enfant majeur ou entre frères et sœurs ou encore entre des neveux/nièces et leurs tante/oncle¹⁴⁵⁵. Tel peut également être le cas, dans certaines circonstances particulières, en cas de concubinage¹⁴⁵⁶.
- 960 Deuxièmement, la personne regroupante doit avoir le *droit de résider durablement en Suisse* (cf. N 520)¹⁴⁵⁷. Tel est le cas d'un droit de présence qui découle directement de la loi (nationalité suisse ou autorisation d'établissement) ou de la jurisprudence (statut de réfugié¹⁴⁵⁸ ou permis B d'une certaine durée¹⁴⁵⁹ par exemple)¹⁴⁶⁰. Il faut relever que cette deuxième condition découle d'une longue pratique du Tribunal fédéral¹⁴⁶¹, mais n'est pas présente dans la jurisprudence de la CourEDH pour laquelle il suffit que le membre de

¹⁴⁵² ATF 139 I 315, consid. 2.4.

¹⁴⁵³ DUBEY (2018a), N 1817.

¹⁴⁵⁴ ATF 133 II 6, consid. 1.1.2 ; ATAF 2017 VI/5, consid. 8.5.4.1 et 2013/24, consid. 5.2.

¹⁴⁵⁵ ATF 144 II 1, consid. 6.1 ; ATAF 2020 VII/3, consid. 8.1 et 2007/45, consid. 5.3 ; BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. I : Droits humains, art. 8 CEDH, N 3.

¹⁴⁵⁶ ATF 144 I 266, consid. 2.5 ; Arrêts du TF 2C_249/2021 du 28 juin 2021, consid. 6.3.2 et 2C_196/2014 du 19 mai 2014, consid. 5.

¹⁴⁵⁷ ATAF 2020 VII/3, consid. 8.1.

¹⁴⁵⁸ ATF 139 I 330 ; ATAF 2017 VII/4.

¹⁴⁵⁹ ATF 144 I 266.

¹⁴⁶⁰ ATF 144 II 1, consid. 6.1 ; ATAF 2020 VII/3, consid. 8.1.

¹⁴⁶¹ Elle a été introduite par les ATF 109 Ib 183 et 110 Ib 201 (« pratique Reneja ») ; UEBERSAX ET AL. (2021), p. 132.

la famille soit au bénéfice d'un droit de présence licite. Cette condition est d'ailleurs critiquée par une partie de la doctrine¹⁴⁶².

Troisièmement, après une *pesée des intérêts en présence*, l'intérêt privé au séjour en Suisse doit prévaloir sur les intérêts publics au refus du titre de séjour¹⁴⁶³. Cette condition est traitée plus en détail ci-dessous dans le cadre de l'examen de la proportionnalité et de la pesée des intérêts au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH (cf. *infra* N 1025ss). 961

3. Les restrictions

a. L'absence de droit à séjourner dans un Etat membre particulier

L'art. 8 CEDH ne confère en principe pas un droit d'entrer ou de séjourner dans un Etat membre particulier, ni à choisir le lieu qui paraît le plus adéquat pour la vie familiale, ni à obtenir un titre de séjour¹⁴⁶⁴. En effet, d'après un principe de droit international bien établi, rappelé dans tous les arrêts de la CourEDH, les Etats ont le droit, sans préjudice pour eux des engagements découlant des traités, de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux sur leur sol¹⁴⁶⁵. 962

Dès lors, les obligations découlant de la CEDH n'empêchent pas les Etats membres de réglementer le séjour des personnes étrangères, voire d'y mettre fin dans le respect des garanties de la Convention¹⁴⁶⁶. Toutefois, exclure une personne d'un pays où vivent ses proches parents peut constituer une 963

¹⁴⁶² ATAF 2018 VII/4, consid. 9.2 ; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (2011), p. 212-214 ; NGUYEN (2012), p. 119-120 ; UEBERSAX ET AL. (2021), p. 133.

¹⁴⁶³ SEM, Directives LEI, chap. 6.17.2.4, p. 147 (état au 1^{er} mars 2022) ; CARONI/MEISSER (2016), p. 31 ; MALINVERNI ET AL. (2021a), N 423-424.

¹⁴⁶⁴ CourEDH, Palanci c. Suisse du 25 mars 2014, requête n° 2607/08, par. 49 et Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, requête n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, par. 67 ; ATF 144 I 266, consid. 3.2 ; 143 I 21, consid. 5.1 ; 140 I 145, consid. 3.1 ; 140 II 129, consid. 2.2 ; 139 I 330, consid. 2.1 ; 136 I 285, consid. 5.1 et 135 I 153, consid. 2.1 ; ATAF 2014/20, consid. 8.3.5.

¹⁴⁶⁵ Notamment, CourEDH, Salija c. Suisse du 10 janvier 2017, requête n° 55470/10, par. 41 ; Palanci c. Suisse du 25 mars 2014, requête n° 2607/08, par. 49 ; Emre c. Suisse du 22 mai 2008, requête n° 42034/04, par. 65 et Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, requête n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, par. 67 ; ATF 144 I 266, consid. 2.1 ; 144 I 91, consid. 4.2 et 133 II 6, consid. 5.1.

¹⁴⁶⁶ ATF 143 I 21, consid. 5.1 ; 143 I 437, consid. 4.1 ; 142 II 35, consid. 6.1 et 139 I 330, consid. 2.1.

ingérence dans le droit au respect de sa vie familiale, tel que protégé par l'art. 8 par. 1 CEDH¹⁴⁶⁷.

b. L'ingérence dans le droit à la vie privée et familiale

- 964 Le fait de refuser un droit de séjour à un étranger dont la famille se trouve en Suisse peut entraver sa vie familiale et ainsi porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par cette disposition¹⁴⁶⁸. Cependant, la protection prévue par cet article n'est pas absolue, une *ingérence* y est possible. En effet, l'art. 8 par. 2 CEDH prévoit qu'une ingérence est possible lorsque celle-ci est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.
- 965 L'art. 8 par. 2 CEDH – tout comme les articles 9 à 11 par. 2 CEDH – prévoit trois conditions à cette ingérence. En effet, toute restriction doit être *prévue par une base légale, poursuivre un but légitime* parmi ceux énumérés dans ledit paragraphe et *être nécessaire*¹⁴⁶⁹. La nécessité dans une société démocratique implique que la décision portant atteinte à l'art. 8 par. 1 CEDH doit être justifiée par un besoin social impérieux et être proportionnée au but légitime poursuivi¹⁴⁷⁰. En tant que but légitime, le « bien-être économique du pays » joue un rôle particulier en droit des personnes étrangères où il est principalement invoqué, avec la faculté des Etats à gérer leur immigration pour le refus de prolongation du séjour lorsque la personne n'a pas commis d'infraction¹⁴⁷¹. Ces conditions sont analogues à celles prévues à l'art. 36 Cst. lors d'une atteinte à l'art. 13 Cst.¹⁴⁷²
- 966 Les deux premières conditions ne posent généralement pas de problème puisque la LEI constitue une base légale suffisante et que les intérêts invoqués sont en général compatibles avec la CEDH, en particulier lorsqu'il s'agit du

¹⁴⁶⁷ CourEDH, Shala Isak c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n°52873/09, par. 38.

¹⁴⁶⁸ CourEDH, Kissiwa Koffi c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 56 ; ATF 144 I 91, consid. 4.2.

¹⁴⁶⁹ GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, Art. 8 CEDH, N 136, in : Gonin/Bigler, Commentaire de la CEDH – Art. 1 à 18.

¹⁴⁷⁰ CourEDH, Kissiwa Koffi c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 62.

¹⁴⁷¹ CourEDH, Agraw c. Suisse du 29 juillet 2010, requête n° 3295/06, par. 48-49 ; BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, in : Nguyen/Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. I : Droits humains, art. 8 CEDH, N 10.

¹⁴⁷² ATF 135 I 143, consid. 2.1.

maintien de l'ordre public et de la prévention des infractions pénales. C'est sur la *proportionnalité* de la mesure – sa nécessité dans une société démocratique – que se portent souvent les développements¹⁴⁷³.

À cet égard, la CourEDH reconnaît que les autorités nationales jouissent d'une certaine *marge d'appréciation* pour se prononcer sur la nécessité, dans une société démocratique, d'une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé par l'art. 8 CEDH et sur la proportionnalité de la mesure¹⁴⁷⁴. Cependant, la CourEDH exige que, dans chaque cas d'espèce, les intérêts individuels à l'octroi d'une autorisation ou à son maintien soient soigneusement mis en balance avec les intérêts publics au refus de ce droit¹⁴⁷⁵. 967

Elle précise encore que si les autorités internes ont procédé à cet examen individuel, il ne lui *appartient pas de substituer sa propre appréciation* du fond de l'affaire à celle des autorités nationales compétentes (notamment en ce qui concerne les éléments factuels de la proportionnalité), à moins qu'il n'y ait de bonnes raisons de le faire¹⁴⁷⁶. 968

4. Les étapes du raisonnement des instances de contrôle

a. L'examen de la recevabilité

L'art. 8 CEDH est examiné par le Tribunal fédéral à plusieurs étapes de son raisonnement. Il fait l'objet d'un premier examen au stade de la *recevabilité du recours*. À ce stade, le fait que la personne recourante allègue, de manière vraisemblable, avoir un droit fondé sur l'art. 8 CEDH permet de lui ouvrir la voie du recours en matière de droit public (art. 83 let. c ch. 2 LTF ; N 519)¹⁴⁷⁷. Il suffit qu'il existe un droit potentiel étayé par une motivation soutenable. Le fait de savoir si les conditions d'application sont effectivement remplies relève du fond¹⁴⁷⁸. 969

Cet examen sous l'angle de la recevabilité est donc une *spécificité du Tribunal fédéral*, puisque la condition d'un droit à l'autorisation de séjour pour que le 970

¹⁴⁷³ Dans ce sens, cf. CourEDH, *Kissiwa Koffi c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 58ss.

¹⁴⁷⁴ CourEDH, *Kissiwa Koffi c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 64.

¹⁴⁷⁵ ATF 143 I 21, consid. 5.1 et 142 II 35, consid. 6.1.

¹⁴⁷⁶ CourEDH, *E.V. c. Suisse* du 18 mai 2021, requête n°77220/16, par. 37 et références.

¹⁴⁷⁷ Arrêt du TF 2C_505/2009 du 29 mars 2010, consid. 1.1 (non publié in ATF 136 I 285).

¹⁴⁷⁸ ATF 136 II 497, consid. 3.3.

recours soit déclaré recevable ne trouve pas application devant le Tribunal administratif fédéral.

971 Quant à la CourEDH, elle procède également à un examen en deux temps. D'abord, elle vérifie que les différentes conditions de recevabilité de la requête soient remplies (art. 35 CEDH ; N 565), puis, elle procède à un examen sur le fond¹⁴⁷⁹.

b. L'examen du fond

972 Le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral procèdent ensuite à un *examen sur le fond* de l'art. 8 CEDH. Ils commencent par examiner si les conditions permettant de s'en prévaloir sont remplies (N 958-961). Ils examinent ensuite s'il y a une éventuelle ingérence et si celle-ci respecte les conditions prévues par l'art. 8 par. 2 CEDH (N 965).

973 La CourEDH suit, elle aussi, un certain schéma d'examen lorsqu'elle examine les potentielles violations de l'art. 8 CEDH. Elle commence par examiner si les conditions permettant de se prévaloir de l'art. 8 CEDH sont remplies et, ensuite, s'il y a une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale tel que protégé par cet article. S'il existe une telle ingérence, la Cour se penche ensuite sur sa justification. En effet, pour que cette dernière soit compatible avec la Convention, elle doit satisfaire aux exigences de l'art. 8 par. 2 CEDH. Elle doit donc être prévue par la loi, inspirée par un but légitime et nécessaire dans une société démocratique, à savoir répondre à un besoin social impérieux et être proportionnée au but légitime poursuivi. Après avoir exposé les principes généraux dans l'abstrait, elle fait la subsomption et les applique au cas d'espèce¹⁴⁸⁰. La CourEDH insiste sur l'importance de la *prise en compte des particularités de chaque cas* pour éviter une application mécanique des dispositions du droit interne¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁹ À titre d'exemples, CourEDH El Ghatet c. Suisse du 8 février 2017, requête n° 56971/10, par. 37ss et Kissiwa Koffi c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 37ss.

¹⁴⁸⁰ À titre d'exemple, CourEDH, Nada c. Suisse du 12 septembre 2012, requête n° 10593/08 et Emre c. Suisse du 22 mai 2008, requête n°42034/04.

¹⁴⁸¹ CourEDH, Nada c. Suisse du 12 septembre 2012, requête n° 10593/08, par. 182.

B. La casuistique relative à l'art. 8 CEDH

1. L'importance de la jurisprudence

À certaines conditions, il est possible de déduire un droit de séjour – ou sa prolongation – de l'art. 8 CEDH¹⁴⁸². La *casuistique* développée à cet égard dans la jurisprudence en droit des personnes étrangères est riche¹⁴⁸³. Pour notre problématique, elle est intéressante à plusieurs égards. 974

D'abord, elle a permis de reconnaître *un droit de séjour* fondé sur l'art. 8 CEDH – non seulement dans sa composante relative à la vie familiale, mais également dans celle relative à la vie privée – ouvrant ainsi la voie de recours auprès du Tribunal fédéral, dans des cas pour lesquels la législation suisse n'en prévoit pas. Elle permet donc d'illustrer l'usage étendu que peut faire un tribunal de son pouvoir d'examen en présence d'un droit fondamental. 975

Ensuite, l'examen de la *proportionnalité* de l'ingérence au droit à la vie familiale et en particulier sa composante relative à la pesée des intérêts est également intéressante pour notre problématique. En effet, elle laisse une marge de manœuvre importante à l'autorité pour évaluer les différents intérêts en jeu et quel poids elle entend accorder à chacun. 976

Enfin, l'examen de la jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH montre les liens entre *l'évolution de certaines conceptions* dans la société et les répercussions que cela a sur le droit. En effet, bien que notre analyse porte principalement sur la période depuis 2007, elle nous permet de retracer les dernières évolutions relatives à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à la conception de la vie familiale¹⁴⁸⁴ et quelles conséquences cela a eu sur le droit dans sa prise en compte de différents cas de figure comme le regroupement familial partiel ou inversé¹⁴⁸⁵. 977

¹⁴⁸² MALINVERNI ET AL. (2021a), N 424 ; UEBERSAX ET AL. (2021), p. 132.

¹⁴⁸³ HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (2011), p. 210.

¹⁴⁸⁴ A cet égard, cf. CARONI MARTINA/MEISSER LIVIA, *Les nouvelles réalités familiales – un défi aussi pour le droit des migrations*, in : Corbaz/Nguyen (édit.), *Actualité du droit des étrangers – Les relations familiales*, Numéro spécial 2016, Neuchâtel/Berne 2016, p. 23ss.

¹⁴⁸⁵ Cf. ATF 137 I 284, consid. 2.3.1 et 2.6.

2. La possibilité versus le droit au séjour

a. Les enjeux

978 Comme nous l'avons vu, une des conditions permettant normalement de se prévaloir de l'art. 8 CEDH en Suisse est celle relative à un *droit de présence assuré* (N 960). Cette condition n'est pourtant pas prévue par la jurisprudence de la CourEDH (N 960)¹⁴⁸⁶. Or, la question de la reconnaissance d'un droit de présence assuré peut avoir des répercussions importantes, notamment pour les personnes pouvant se prévaloir d'un tel droit.

979 En effet, si le ressortissant suisse ou le titulaire d'une autorisation d'établissement ont un droit au regroupement familial (art. 42 et 43 LEI), le législateur a choisi, pour les personnes titulaires d'une autorisation de séjour et les personnes admises à titre provisoire, d'employer une formulation potestative. En effet, les art. 44 al. 1 et 85 al. 7 LEI prévoient que le conjoint et les enfants célibataires de moins de 18 ans du titulaire d'une autorisation de séjour ou d'une personne admise à titre provisoire *peuvent* obtenir une autorisation de séjour à certaines conditions. Cette formulation laisse ainsi à l'autorité en charge une liberté d'appréciation pour accorder ou non le regroupement familial¹⁴⁸⁷.

980 Dès lors, faute d'un droit à l'autorisation (cf. art. 83 let. c, ch. 2 et let. d LTF) pour les personnes titulaires d'un permis de séjour ou admises provisoirement, la voie du recours en matière de droit public leur est fermée¹⁴⁸⁸. Cependant, dans certains cas de figure, le Tribunal fédéral leur a reconnu un droit de séjour stable sur la base de l'art. 8 CEDH. Du point de vue de la recevabilité, cela a comme conséquence d'élargir l'accès au Tribunal fédéral¹⁴⁸⁹.

b. Le droit de séjour pour une personne au bénéfice d'un long séjour en Suisse

981 La jurisprudence a reconnu un droit de séjour durable, fondé sur le droit à la vie privée découlant de l'art. 8 CEDH, aux personnes qui séjournent en Suisse depuis plus de dix ans (cf. *infra* N 988ss). Dès lors que ces personnes sont au bénéfice d'un droit de séjour durable en Suisse, elles peuvent se prévaloir des

¹⁴⁸⁶ ATAF 2021 VI/1, consid. 13.2.

¹⁴⁸⁷ SPESCHA MARC, in : Spescha et al. (édit.), Migrationsrecht Kommentar, Art. 44 AIG, N 1.

¹⁴⁸⁸ ATF 137 I 284, consid. 1.2.

¹⁴⁸⁹ SCHLEGEL (2020), p. 39.

art. 8 CEDH et 13 Cst. pour obtenir le regroupement familial. Cependant, cela n'implique pas un droit inconditionnel au regroupement familial¹⁴⁹⁰.

En effet, par souci de cohérence avec le droit interne, il faut – comme pour les personnes réfugiées (cf. *infra* N 984) – que les *conditions des art. 44 et 47 LEI* soient remplies pour permettre le regroupement familial. Elles sont d'ailleurs considérées comme étant conformes à l'art. 8 CEDH¹⁴⁹¹. Dès lors, l'art. 8 CEDH ne doit pas accorder un droit qui permette de contourner les dispositions de droit interne en la matière¹⁴⁹². Cela a comme conséquence que lorsque la personne regroupante, bien qu'au bénéfice d'une autorisation de séjour, a un droit de présence assuré en Suisse, les autorités migratoires n'ont pas une marge de manœuvre aussi importante que dans les autres cas de regroupement familial au titre de l'art. 44 LEI. Dans ce cas-ci, le regroupement familial ne peut être refusé qu'en présence de bonnes raisons. On est en présence de telles raisons si les conditions de l'art. 44 LEI ne sont pas remplies ou si l'une des situations d'extinction du droit au regroupement prévues à l'art. 51 al. 2 LEtr (qui renvoie aux motifs de révocation de l'art. 62 al. 1 LEtr) est réalisée¹⁴⁹³.

Prenons un exemple. L'*ATF 146 I 185* porte sur le cas d'un ressortissant du Kosovo en Suisse depuis 1998 et au bénéfice d'une autorisation de séjour (permis B) depuis 2007. Au vu de la durée importante de son séjour, le Tribunal fédéral lui reconnaît un droit de séjour durable découlant du respect de la vie privée (art. 8 CEDH)¹⁴⁹⁴. Il examine ensuite les conditions du regroupement familial. Bien qu'étant clairement hors des délais de l'art. 47 al. 1 et 3 LEI, le requérant demande le regroupement familial avec sa femme afin qu'elle puisse venir s'occuper de lui, son état de santé s'étant détérioré. Dès lors, se pose la question de savoir si cette circonstance constitue une raison familiale majeure au sens de l'art. 47 al. 4 LEI susceptible de permettre un regroupement familial tardif. En l'espèce, le Tribunal fédéral reconnaît l'existence de raisons familiales majeures, mais renvoie la cause au service des migrations, faute d'éléments de faits suffisants sur les conditions de l'art. 44 LEI¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹⁰ ATF 146 I 185, consid. 6.1.

¹⁴⁹¹ ATF 139 I 330, consid. 3.2 et 137 I 284, consid. 2.6.

¹⁴⁹² ATF 146 I 185, consid. 6.2 ; SPESCHA (2020), N 15.

¹⁴⁹³ ATF 139 I 330, consid. 2.4.1-2.4.2 et 137 I 284, consid. 2.6.

¹⁴⁹⁴ ATF 146 I 185, consid. 5.3.

¹⁴⁹⁵ ATF 146 I 185, consid. 7.1-7.2.

c. Le droit de séjour pour une personne issue du domaine de l'asile

- 984 Les personnes reconnues comme réfugié et au bénéfice de l'asile (permis B asile) ont le droit à une autorisation de séjour dans le canton dans lequel elles séjournent légalement (art. 60 al. 1 LAsi). Même si elles ne peuvent se prévaloir d'un droit au regroupement familial sur la base de l'art. 44 LEI, leur statut leur accorde *un droit de présence assuré* qui leur permet de se prévaloir de la protection du droit à la vie familiale basée sur les art. 8 CEDH et 13 Cst. et ce, même si le mariage a eu lieu après la fuite de la personne regroupante (cf. art. 51 al. 4 LAsi)¹⁴⁹⁶. Cependant, pour obtenir le regroupement familial, les conditions des art. 44 et 47 LEI doivent être remplies (N 982)¹⁴⁹⁷.
- 985 Le Tribunal administratif fédéral s'est également posé la question de savoir si l'art. 8 CEDH était invocable par une *personne réfugiée avec admission provisoire* (permis F pour illicéité du renvoi) bien que cette dernière ne soit pas au bénéfice d'un droit de présence assuré. La jurisprudence reconnaît que, dans certaines situations, il puisse exister un *droit de présence de fait*, respectivement fondé sur des raisons objectives permettant d'invoquer l'art. 8 CEDH¹⁴⁹⁸. Au vu de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que la jurisprudence de la CourEDH, le Tribunal administratif fédéral reconnaît un droit de présence de fait à un réfugié admis provisoirement, dès lors que la révocation de son statut n'est pas prévisible à terme, lui permettant d'invoquer l'art. 8 CEDH à l'appui de sa demande de regroupement familial¹⁴⁹⁹.
- 986 Le Tribunal fédéral a également, dans certaines circonstances particulières, reconnu un droit de présence de fait à une personne admise provisoirement lui permettant de se prévaloir de l'art. 8 CEDH¹⁵⁰⁰.
- 987 Dans l'*ATAF 2021 VI/1*, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'une personne dont la demande d'asile était traitée en procédure Dublin pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH. Selon celui-ci, il se justifie d'autant plus de reprendre, dans ce cadre, la jurisprudence de la CourEDH – à savoir sans l'exigence du droit de présence assuré –, par le fait que le Règlement Dublin III a seulement pour but de déterminer l'Etat membre responsable pour traiter la demande d'asile. Il vise également à protéger l'unité de la famille et à prendre des décisions d'asile cohérentes pour l'ensemble de la famille. En cela, il diverge des autres procédures de droit des personnes étrangères qui ont pour but

¹⁴⁹⁶ ATF 139 I 330, consid. 1.2.

¹⁴⁹⁷ ATF 139 I 330, consid. 2.4.2.

¹⁴⁹⁸ ATAF 2017 VII/4, consid. 6.2 et les références citées.

¹⁴⁹⁹ ATAF 2017 VII/4, consid. 6.3-6.4.

¹⁵⁰⁰ Arrêts du TF 2C_1045/2014 du 26 juin 2015, consid. 1.1.3 et 2C_639/2012 du 13 février 2013, consid. 1.2.2.

d'octroyer un droit de séjour plus ou moins durable à la personne requérante¹⁵⁰¹.

3. Le droit à la vie privée

La CourEDH reconnaît qu'un droit de séjour peut être accordé aux personnes qui *résident depuis longtemps* dans un pays comme les étrangers de deuxième génération ou les étrangers arrivés en tant qu'enfant ou jeune dans le pays. Cependant, la durée n'est pas le seul critère à prendre en considération lors de l'octroi ou la prolongation du titre de séjour. Il faut procéder à une pesée globale des intérêts¹⁵⁰². 988

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la reconnaissance d'un droit fondé sur la composante à la vie privée dépend de l'intégration et de la durée du séjour en Suisse. La jurisprudence considère que ces éléments sont liés, en ce sens que plus le séjour est long et plus l'intégration est censée être poussée. Cependant, jusqu'à l'*ATF 144 I 266*, le Tribunal fédéral ne posait pas une limite temporelle à partir de laquelle il aurait été considéré que la durée du séjour accorde un droit au séjour. Au contraire, il fallait déterminer dans chaque cas d'espèce si un tel droit existait sur la base d'une pesée des intérêts en présence, dans laquelle la durée était un élément parmi d'autres¹⁵⁰³. 989

Au vu des principes de la sécurité du droit et de l'égalité, le Tribunal fédéral considère, qu'il est judicieux de structurer la pratique et de poser des lignes directrices¹⁵⁰⁴. À cet égard, il arrive à la conclusion que la *durée du séjour légal* constitue un élément prépondérant de la pesée des intérêts. Ce constat est appuyé sur sa jurisprudence précédente ainsi que sur les recommandations (bien que non contraignantes) du Comité des ministres du Conseil de l'Europe¹⁵⁰⁵. 990

Dès lors, il définit une certaine durée à partir de laquelle il y a une *présomption* (réfragable) que la personne étrangère a développé des liens sociaux suffisamment étroit pour lui permettre d'invoquer un droit au séjour fondé sur la vie privée. La fixation de cette durée schématique est donc l'élément novateur de cet arrêt¹⁵⁰⁶. Cela a notamment comme répercussion de limiter la marge de 991

¹⁵⁰¹ ATAF 2021 VI/1, consid. 13.

¹⁵⁰² CourEDH, *Gezginici Cevdet c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, par. 57-58 ; ATAF 2013/49, consid. 8.6.1.

¹⁵⁰³ ATF 144 I 266, consid. 3.4 et pour la pratique antérieure, ATF 130 II 281, consid. 3.2.

¹⁵⁰⁴ ATF 144 I 266, consid. 3.9.

¹⁵⁰⁵ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandations 2000/15 du 13 septembre 2000 sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée.

¹⁵⁰⁶ ATF 146 I 185, consid. 5.2 ; SPESCHA (2020), N 12.

manœuvre des autorités migratoires pour mettre fin au séjour une fois cette durée atteinte¹⁵⁰⁷. En effet, à partir d'un séjour de dix ans, ces dernières ne peuvent mettre fin au séjour que pour des motifs sérieux¹⁵⁰⁸.

- 992 Afin de fixer cette durée, le Tribunal fédéral procède à une recension détaillée de sa jurisprudence ainsi que de celle de la CourEDH¹⁵⁰⁹, mais s'inspire également de la législation suisse et en particulier de la durée de dix ans à partir de laquelle une autorisation d'établissement peut être octroyée (art. 34 al. 2, let. a LEI) ou que la personne étrangère peut demander la naturalisation (art. 9 al. 1, let. b LN). Sur cette base, le Tribunal fédéral considère qu'il est judicieux de fixer cette limite temporelle à *dix ans*, durée suffisante pour considérer qu'une personne étrangère est au bénéfice d'une intégration telle qu'il faut des raisons particulières pour mettre fin au séjour. Le Tribunal fédéral précise encore qu'il peut y avoir une violation du droit à la vie privée à partir d'une durée de séjour plus courte si l'étranger fait preuve d'une forte intégration en Suisse¹⁵¹⁰.
- 993 Cependant, tous les types de séjour *ne sont pas de nature à fonder un droit de séjour* sur la base de la protection de la vie privée de l'art. 8 CEDH. Il en va ainsi de l'autorisation de séjour pour études ou de l'autorisation fondée sur une carte de légitimation délivrée par le DFAE¹⁵¹¹.
- 994 Dans l'*ATF 147 I 268*, le Tribunal fédéral se penche sur la question de savoir s'il existe, après un long séjour en Suisse, un droit à la transformation du statut d'admission provisoire en autorisation de séjour basé sur le droit à la vie privée¹⁵¹². Selon la jurisprudence de la CourEDH, l'art. 8 CEDH confère un droit à la régularisation d'une présence de longue durée précaire mais tolérée, si celle-ci est associée à des désavantages juridiques ou factuels qui constituent une atteinte à la vie privée¹⁵¹³. Du point de vue de la *recevabilité*, la recourante admise provisoirement – en Suisse depuis 1998 et dont les autorités reconnaissent que son statut ne va pas être levé dans un proche futur – fait donc valoir de manière vraisemblable qu'elle a droit à une autorisation sur la base des exigences du droit de la Convention, puisque l'art. 8 CEDH lui accorde un droit à

¹⁵⁰⁷ ATF 144 I 266, consid. 3.9.

¹⁵⁰⁸ ATF 146 I 185, consid. 5.2.

¹⁵⁰⁹ ATF 144 I 266, consid. 3.8.

¹⁵¹⁰ ATF 144 I 266, consid. 3.9.

¹⁵¹¹ Arrêt du TF 2C_459/2019 du 17 mai 2019, consid. 3.1 qui fait référence à ATF 144 I 266, consid. 3.3 et 2C_360/2016 du 31 janvier 2017, consid. 5.4-5-5 ; SCHLEGEL (2020), p. 41.

¹⁵¹² ATF 147 I 268, consid. 1.2.2.

¹⁵¹³ Cf. Arrêts CourEDH *Kaftailova c. Lettonie* du 7 décembre 2007, requête n° 59643/00 et *Syssoyeva et autres c. Lettonie* du 15 janvier 2007, requête n° 60654/00 ; dans cet arrêt, le Tribunal fédéral laisse ouverte la question des éventuels désavantages du statut d'admission provisoire par rapport à celui de l'autorisation de séjour (ATF 147 I 268, consid. 4).

la régularisation de sa présence en Suisse¹⁵¹⁴. Sur le *fond*, un potentiel droit à la transformation du statut d'admission provisoire en autorisation de séjour peut être restreint aux conditions de l'art. 8 par. 2 CEDH. En l'espèce, les autorités considèrent que la recourante, bien qu'au bénéfice d'un long séjour, est insuffisamment intégrée ce qui justifie le refus d'autorisation de séjour sous l'angle de l'art. 8 par. 2 CEDH¹⁵¹⁵.

4. Le droit à la vie familiale

a. Le moment déterminant s'agissant de l'âge de l'enfant comme condition au regroupement familial

L'art. 8 CEDH permet, dans certains cas de figure, de reconnaître un droit au séjour ouvrant ainsi la voie du recours en matière de droit public (N 969). Au stade de la recevabilité, se pose la question de savoir – pour les enfants mineurs qui se prévalent d'un tel droit – quel est le *moment déterminant concernant l'âge*. En effet, en cas de regroupement familial fondé sur les art. 42 et 43 LEI, le moment déterminant pour évaluer l'âge est celui de l'introduction de la demande de regroupement familial. Il en va différemment pour une demande basée sur l'art. 8 CEDH, où le moment déterminant pour savoir s'il existe un droit potentiel à l'autorisation, est celui où le Tribunal fédéral statue¹⁵¹⁶. 995

Cette différence remonte à la LSEE où les enfants de titulaires d'une autorisation d'établissement avaient le droit d'être inclus dans l'autorisation de leurs parents, alors que l'art. 8 CEDH permettait essentiellement d'accorder une autorisation de séjour, par définition limitée dans le temps¹⁵¹⁷. Ce régime a été modifié dans la LEtr, actuellement LEI, puisque les enfants n'ont plus droit à une autorisation d'établissement mais seulement une autorisation de séjour. Cependant, après interprétation, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que cette modification du droit n'avait pas pour but de changer la pratique selon laquelle le dépôt de la demande de regroupement (basée sur le droit interne) représente le moment déterminant du point de vue de l'âge de l'enfant¹⁵¹⁸. 996

¹⁵¹⁴ ATF 147 I 268, consid. 1.2.7.

¹⁵¹⁵ ATF 147 I 268, consid. 5.

¹⁵¹⁶ ATF 145 I 227, consid. 3.1 ; 136 II 497, consid. 3.2 et 133 II 6, consid. 1.1.2.

¹⁵¹⁷ Arrêt du TAF F-3045/2016 du 25 juillet 2018, consid. 4.5 non publié in ATAF 2018 VII/4 qui reprend l'ATF 120 Ib 257, consid. 1f.

¹⁵¹⁸ La question du moment déterminant pour l'âge a été examinée, du point de vue du droit interne, dans l'ATF 136 II 497, consid. 3.4.

- 997 A la suite d'une jurisprudence du Tribunal administratif fédéral¹⁵¹⁹ se distan-
 ciant sciemment de cette pratique, le Tribunal fédéral s'est vu obligé de rééva-
 luer sa propre pratique. Cependant, il arrive à la conclusion qu'un changement
 de jurisprudence n'est pas justifié en l'espèce¹⁵²⁰.
- 998 À l'appui de son changement de pratique, le Tribunal administratif fédéral
 considère que, faire dépendre le droit au regroupement familial de la durée de
 la procédure, sur laquelle les personnes recourantes n'ont aucune prise, va à
 l'encontre des principes d'égalité de traitement – deux recourants pouvant être
 traités différemment suivant la durée de leur procédure respective – et de la
 sécurité juridique. Ce raisonnement suit également celui d'une jurisprudence
 récente de la CJUE¹⁵²¹. En outre, toujours selon le Tribunal administratif
 fédéral, la CourEDH aurait aussi admis des requêtes de personnes majeures,
 mais mineures au moment de la demande devant les autorités nationales¹⁵²².
 Dès lors sous l'angle des principes de l'unité de la procédure (art. 111 LTF),
 du droit à un recours effectif (art. 13 CEDH) et de la garantie d'accès au juge
 (art. 29a Cst.), le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral ne saurait être plus
 restreint que celui de la CourEDH, ce qui plaide également pour un
 changement de jurisprudence¹⁵²³.
- 999 Quant au Tribunal fédéral, il rappelle que sa pratique est fondée sur le fait qu'il
 n'entre pas en matière sur une autorisation de séjour demandée pour une pé-
 riode précise et déterminée qui serait déjà passée ou pour un motif spécifique
 qui aurait disparu depuis le prononcé de l'arrêt attaqué. Dans ce cas, il consi-
 dère que la personne recourante n'a plus d'intérêt (actuel) à l'annulation ou à la
 modification de l'arrêt, de sorte que la condition de recevabilité de l'art. 89 al.
 1 LTF n'est plus remplie¹⁵²⁴. Cela implique que les conditions relatives à la
 recevabilité doivent être remplies non seulement au moment où le recours est
 déposé, mais également lorsque le tribunal statue¹⁵²⁵.
- 1000 En outre, si le législateur a choisi de ne pas poser d'autres conditions tempo-
 relles que celle du délai pour déposer la demande lorsque la personne est po-
 tentiellement au bénéfice d'un droit à l'autorisation – tels les art. 42 et 43 LEI
 –, il existe une différence de principe avec l'art. 8 CEDH. En effet, cet article
 ne donne pas un droit à séjourner dans un Etat particulier (N 962) et ne protège

¹⁵¹⁹ Arrêt du TAF F-3045/2016 du 25 juillet 2018, publié sous ATAF 2018 VII/4.

¹⁵²⁰ Cette question fait l'objet de l'ATF 145 I 227.

¹⁵²¹ ATAF 2018 VII/4, consid. 7.4 qui cite l'arrêt de la CJUE du 12 avril 2018 C-550/16, A et S
 contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, par. 55-60.

¹⁵²² ATAF 2018 VII/4, consid. 7.5.

¹⁵²³ ATAF 2018 VII/4, consid. 8.1-8.2.

¹⁵²⁴ ATF 145 I 227, consid. 5.2.

¹⁵²⁵ ATF 136 II 497, consid. 3.3.

en principe pas les rapports des parents avec leurs enfants devenus majeurs, sauf s'il existe un lien de dépendance particulier¹⁵²⁶. Cette vision est également compatible avec la jurisprudence de la CourEDH¹⁵²⁷.

Cette question met en avant une *divergence de point de vue et d'analyse* entre le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral. Cependant, le Tribunal fédéral déclare qu'en l'espèce, l'irrecevabilité découle des règles de la LTF et que le recours auprès du Tribunal administratif fédéral remplit d'autres fonctions, à savoir qu'il doit offrir aux personnes étrangères une voie de recours leur permettant de faire examiner que les autorités administratives de première instance n'ont pas violé un droit potentiel au regroupement familial découlant de l'art. 8 CEDH. Dès lors, le Tribunal fédéral concède au Tribunal administratif fédéral qu'il peut maintenir sa nouvelle pratique¹⁵²⁸.

1001

b. Les obligations positives découlant de l'art. 8 CEDH

(i) *Leur étendue*

Pour établir la portée des obligations des Etats membres en matière de regroupement familial des enfants avec leurs parents, la Cour examine les faits de l'affaire à la lumière des principes suivants¹⁵²⁹ :

1002

- l'étendue de l'obligation pour un Etat membre d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés au titre du regroupement familial dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général ;
- d'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol ; et
- en matière d'immigration, l'art. 8 CEDH ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire.

¹⁵²⁶ ATF 145 I 227, consid. 6.3.

¹⁵²⁷ ATF 145 I 227, consid. 6.4-6.5.

¹⁵²⁸ ATF 145 I 227, consid. 8.

¹⁵²⁹ CourEDH, El Ghatet c. Suisse du 8 février 2017, requête n° 56971/10, par. 44 et Berisha c. Suisse du 30 juillet 2013, requête n° 948/12, par. 49 ; Exposé de ces principes dans l'ATF 133 II 6, consid. 5.1.

- 1003 En outre, il faut tenir compte du fait que l'on n'est pas seulement en présence d'une affaire d'immigration, mais qu'elle touche *aussi à la vie familiale* des personnes requérantes. À cet égard, la Cour doit en particulier déterminer si, en refusant un permis de séjour des membres de la famille, les autorités nationales ont ménagé une juste balance entre, d'une part, les intérêts des personnes requérantes au développement de leur vie familiale et, d'autre part, aux intérêts de l'Etat à contrôler l'immigration¹⁵³⁰.
- 1004 Enfin, il existe un consensus étendu – également en droit international – que *l'intérêt supérieur de l'enfant* doit être un élément primordial de chaque décision qui implique un enfant et que les autorités doivent lui accorder un poids crucial dans la pesée des intérêts. À cet égard, dans les affaires concernant la réunification d'une famille, la Cour accorde une attention particulière à l'âge des enfants, leur situation dans le pays d'origine et l'étendue de la dépendance à leurs parents¹⁵³¹.
- 1005 Dans *l'affaire Berisha c. Suisse*, la Cour se penche sur le (second) refus des autorités suisses d'accorder le regroupement pour les trois enfants d'un couple de ressortissants du Kosovo. Afin de savoir si le fait de permettre le regroupement familial en Suisse est le moyen le plus approprié pour développer leur vie familiale, la Cour compare cette affaire à des affaires similaires. Elle mentionne en particulier les affaires *Sen c. Pays-Bas*¹⁵³² et *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas*¹⁵³³. Puis, elle relève qu'en l'espèce ce sont les recourants qui ont décidé de venir habiter en Suisse plutôt que de rester dans leur pays d'origine (comme dans *l'affaire Sen*). Concernant les trois enfants, la Cour considère qu'ils doivent encore avoir des liens (linguistiques, sociaux et familiaux) solides avec le Kosovo et que la durée de leur séjour en Suisse n'est pas

¹⁵³⁰ CourEDH, *Berisha c. Suisse* du 30 juillet 2013, requête n° 948/12, par. 50.

¹⁵³¹ CourEDH, *El Ghatet c. Suisse* du 8 février 2017, requête n° 56971/10, par. 46 et *Berisha c. Suisse* du 30 juillet 2013, requête n° 948/12, par. 51.

¹⁵³² CourEDH, *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001, requête n° 31465/96 ; Cette affaire concerne un couple résidant depuis de nombreuses années aux Pays-Bas. Selon la Cour, un retour en Turquie présenterait de sérieux obstacles ; leurs deux plus jeunes enfants étant nés et élevés aux Pays-Bas et n'ayant donc que peu de liens avec la Turquie. Au vu de ces éléments et de l'âge de neuf ans de la fille (au moment de l'ouverture de la procédure nationale) pour laquelle ils demandaient le regroupement familial, la Cour a considéré comme plus approprié de la laisser venir aux Pays-Bas.

¹⁵³³ CourEDH, *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005, requête n° 60665/00 ; Cette affaire concerne une demande de regroupement familial partiel pour faire venir la fille de la requérante aux Pays-Bas ; cette dernière ayant déjà quinze ans au moment du dépôt de la requête devant les instances nationales. Au vu des obstacles concernant un retour des parents dans leur pays d'origine (Érythrée) et la situation particulière de l'enfant – la grand-mère ayant retiré la fille de l'école pour la marier – la Cour considère comme plus approprié que la fille puisse rejoindre sa famille aux Pays-Bas.

suffisamment longue pour que ces liens aient complètement disparu. Dès lors, la bonne intégration des enfants n'est pas un élément suffisant aux yeux de la Cour pour permettre leur regroupement familial en Suisse. Cette dernière accorde également un certain poids à la conduite des parents, qui n'a pas été pas irréprochable, pendant la procédure. Au vu de ces éléments, elle considère que les autorités suisses ont observé une juste pesée des intérêts et, bien que les requérants préfèrent maintenir et intensifier leur vie familiale en Suisse, l'art. 8 CEDH ne garantit pas un droit à choisir le lieu le plus souhaitable pour développer celle-ci¹⁵³⁴.

Dans cet arrêt, la non-violation de l'art. 8 CEDH a été retenue à quatre voix contre trois et *deux opinions dissidentes* sont jointes. Elles sont principalement basées sur l'avis que les requérants rencontreraient des obstacles majeurs en cas de retour dans leur pays, comme dans les affaires Sen et Tuquabo-Tekle (ici, longue présence en Suisse, au bénéfice d'un permis d'établissement, quatrième enfant né là). Cet aspect est très important au moment de procéder à l'examen de la proportionnalité de la mesure, surtout quand cette dernière implique l'expulsion d'enfants. En effet, la jurisprudence de la Cour requiert que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte et en particulier les difficultés qu'il rencontrera en cas de retour ainsi que la solidité des liens avec les pays hôte et d'origine. En outre, les juges dissidents considèrent que la situation du troisième enfant aurait dû être traitée séparément au vu de la différence d'âge entre eux. Ils considèrent également que le comportement des parents ne peut être imputé aux enfants. Ils concluent donc que la vie familiale ne peut être effective que si tous les membres de la famille sont réunis en Suisse. Finalement, ils relèvent encore que les autorités suisses ont spéculé sur le besoin affectif des deux grands enfants (quatorze et quinze ans) par rapport à l'enfant de sept ans et qu'on ne peut pas apporter la preuve que les deux premiers ont en moins besoin que le troisième.

1006

Dans l'affaire *El Ghatet c. Suisse*, la Cour se penche sur la demande de regroupement familial partiel d'un requérant ayant la double nationalité suisse et égyptienne et voulant faire venir son fils en Suisse. D'abord, la Cour remarque que, au vu des éléments disponibles, il est difficile de dire si le requérant avait toujours eu l'intention de vivre sa vie familiale avec son fils en Suisse. Elle note ensuite que le requérant ayant eu une fille en Suisse avec une ressortissante de ce pays, il lui serait difficile de retourner en Égypte. Ainsi, le seul endroit permettant aux requérants de vivre leur vie familiale serait la Suisse. Ensuite, elle distingue cette affaire des affaires Sen et Tuquabo-Tekle et autres (cf. N 1005) car, en l'espèce, l'affaire concerne la réunification du fils avec le père alors que le premier vivait en Égypte avec sa mère lors du

1007

¹⁵³⁴ CourEDH, *Berisha c. Suisse* du 30 juillet 2013, requête n° 948/12, par. 52-61.

dépôt de la demande de regroupement. Dès lors, au vu des éléments de l'affaire et du principe de subsidiarité, la Cour considère que les autorités ont correctement pesé les intérêts en présence et n'ont pas excédé leur marge d'appréciation. Cependant, les instances nationales n'ont examiné que de manière succincte, avec un court raisonnement, l'aspect relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce faisant, ils n'ont pas mis suffisamment l'accent sur cet élément comme demandé par la CEDH et d'autres textes comme la CDE et, en droit interne, l'art. 11 Cst. La Cour conclut donc à une violation de l'art. 8 CEDH¹⁵³⁵.

(ii) *Le regroupement familial partiel*

- 1008 Dans la LSEE, l'institution du regroupement familial était conçue pour permettre le regroupement de la famille complète, à savoir, en particulier les parents avec leurs enfants. L'art. 17 al. 2, 3^{ème} phrase LSEE était ainsi rédigé de la manière suivante : « Les enfants célibataires âgés de moins de 18 ans ont le droit d'être inclus dans l'autorisation d'établissement aussi longtemps qu'ils vivent auprès de *leurs* parents »¹⁵³⁶. Cependant, dans certains cas de figure, le regroupement familial n'est que *partiel*. Tel est le cas lorsque les parents sont séparés ou divorcés et que l'un d'eux se trouve en Suisse depuis plusieurs années, et l'autre à l'étranger avec les enfants, ou lorsque l'un d'eux est décédé¹⁵³⁷.
- 1009 Sous l'empire de l'ancien droit (comme dans l'ATF 133 II 6), la jurisprudence soumettait ce cas de figure à des *conditions plus strictes* que pour un regroupement familial total. Elle considérait également qu'il n'existait pas un droit inconditionnel à faire venir en Suisse les enfants qui avaient grandi avec leur autre parent ou une personne de confiance (par exemple, grands-parents, oncle et tante, frère et sœur). Pourtant, la distinction entre ces deux types de regroupement familial ne ressort pas du libellé de l'art. 8 CEDH ou de la jurisprudence de la CourEDH. Cependant, elle était pratiquée par les autorités suisses avec pour but de trouver une solution gérable et uniforme¹⁵³⁸.
- 1010 La jurisprudence voulait que la reconnaissance d'un droit au regroupement familial suppose que le parent établi en Suisse ait maintenu avec ses enfants une relation familiale prépondérante à celui à l'étranger, en dépit de la séparation et de la distance¹⁵³⁹ *ou* qu'un changement important des circonstances, notamment d'ordre familial, se soit produit, rendant nécessaire la venue des enfants

¹⁵³⁵ CourEDH, El Ghatet c. Suisse du 8 février 2017, requête n° 56971/10, par. 48-54.

¹⁵³⁶ Mise en italique du pluriel rajoutée par nous ; cf. ATF 136 II 78, consid. 4.1.

¹⁵³⁷ ATF 133 II 6, consid. 3.1.

¹⁵³⁸ ATF 137 I 284, consid. 2.2 et 133 II 6, consid. 3.1 et 5.2.

¹⁵³⁹ ATF 133 II 6, consid. 3.1.1.

en Suisse, comme par exemple une modification des possibilités de leur prise en charge éducative à l'étranger. À cet égard, les autorités devaient examiner s'il existait des solutions alternatives permettant à l'enfant de rester où il vivait et, le cas échéant, de procéder à un examen global de la situation, en particulier, en tenant compte de l'âge de l'enfant, de son intégration dans son pays d'origine et de ses chances de s'intégrer en Suisse, ainsi que de l'intensité de la relation avec le parent en Suisse¹⁵⁴⁰.

Cependant, *du point de vue normatif*, les différences entre le regroupement familial total et partiel ont disparu lors du passage de la LSEE à la LEtr (puis à la LEI). En effet, les dispositions concernant le regroupement familial ont été remaniées et le législateur a, en particulier, introduit des délais pour déposer une telle demande (art. 42ss et 47 LEI)¹⁵⁴¹. Malgré ce changement législatif, la question du regroupement familial partiel n'a pas été abordée lors des discussions devant les chambres¹⁵⁴². 1011

Au vu de cette évolution, le Tribunal fédéral se pose la question de savoir s'il faut procéder à un changement de sa jurisprudence concernant le regroupement familial partiel. Pour ce faire, il passe en revue les directives du SEM, les différents avis doctrinaux et la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. Il arrive à la conclusion que le nouveau droit ne permet plus de justifier l'application des conditions restrictives posées par la jurisprudence en cas de regroupement familial partiel, qui se fondaient sur le fait que l'art. 17 LSEE exigeait que l'enfant vive auprès de « ses parents »¹⁵⁴³. 1012

Le Tribunal fédéral précise encore que l'abandon de l'ancienne jurisprudence n'implique pas pour autant que les autorités doivent appliquer les art. 42 et 43 LEI de manière automatique en cas de regroupement familial partiel. Au contraire, il faut d'abord que le regroupement ne soit pas invoqué de manière abusive. Ensuite, il faut que le parent qui demande le regroupement dispose de l'autorité parentale. Enfin, il faut tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme l'exige la CDE (en particulier, ses art. 3, 9 et 12). À cet égard, les autorités migratoires n'ont qu'un champ d'action limité. En effet, elles ne peuvent pas faire totalement abstraction de la volonté des parents lesquels ont, en premier lieu, le droit de décider du lieu où se trouvent leurs enfants¹⁵⁴⁴. 1013

¹⁵⁴⁰ ATF 137 I 284, consid. 2.2 ; 137 II 293, consid. 4.1 ; 136 II 120, consid. 2.1 et 133 II 6, consid. 3.1.2-3.1.3.

¹⁵⁴¹ ATF 136 II 78, consid. 4.2.

¹⁵⁴² ATF 136 II 78, consid. 4.3.

¹⁵⁴³ ATF 136 II 78, consid. 4.4-4.7.

¹⁵⁴⁴ ATF 137 I 284, consid. 2.3.1 et 136 II 78, consid. 4.8.

1014 Ce changement de jurisprudence est confirmé dans l'*ATF 137 I 284*, où le Tribunal fédéral conclut que le droit suisse et communautaire ne font plus de distinction entre le regroupement familial total et partiel. Il en va de même de l'art. 8 CEDH. En effet, la CEDH est à interpréter comme un instrument vivant, qui tient compte de l'évolution des conceptions juridiques dans les Etats membres¹⁵⁴⁵.

(iii) *Le regroupement familial inversé*

1015 Comme nous l'avons vu, le regroupement familial est traditionnellement conçu pour permettre la réunion des époux ou des parents avec leurs enfants mineurs (N 954). En outre, selon la jurisprudence, un enfant suisse, en particulier s'il est en bas âge, doit, en principe, suivre son parent qui en a l'autorité parentale et le droit de garde à l'étranger¹⁵⁴⁶. Cette jurisprudence a été critiquée dans la doctrine, notamment pour le manque de poids qu'elle accorde aux droits tirés de la nationalité suisse et à ceux protégés par la CDE¹⁵⁴⁷.

1016 C'est cette question qui est analysée dans l'*ATF 135 I 143*. Cet arrêt traite d'un ressortissant suisse qui se marie, en 2001, avec une ressortissante colombienne. Quelques années plus tard, le mari étant déjà âgé, les époux décident, avec la sœur de l'épouse (la recourante), de concevoir un enfant par insémination artificielle. En 2005, la sœur arrive en Suisse avec l'enfant, qui est déjà reconnu par le père. En 2007, ce dernier meurt et se pose donc la question de savoir si la sœur peut rester en Suisse. La cohabitation des deux sœurs avec l'enfant est basée sur le désir des époux d'avoir des enfants, ce qui crée une intensité particulière des liens familiaux. En outre, les deux femmes s'occupent de l'enfant qui les considère d'ailleurs les deux comme ses mères. Dès lors, le Tribunal fédéral considère que les deux sœurs et l'enfant forment une communauté familiale de fait (N 954) à prendre en considération lors de la pesée des intérêts¹⁵⁴⁸.

1017 En refusant à la recourante de pouvoir rester en Suisse, les autorités demandent que deux autres personnes, de nationalité suisse (l'épouse du défunt et la fille) quittent le pays pour pouvoir rester avec elle. Exiger de l'enfant suisse qu'il quitte le pays pour suivre sa mère se heurte à sa liberté d'établissement et à l'interdiction de l'expulsion (cf. art. 24 et 25 Cst.). Il faut donc des *raisons particulières* (la présence de motifs d'ordre et sécurité publique) pour exiger

¹⁵⁴⁵ ATF 137 I 284, consid. 2.1 et 2.5.

¹⁵⁴⁶ ATF 137 I 247, consid. 4.2.1 et 135 I 143, consid. 2.2.

¹⁵⁴⁷ ATF 136 I 285, consid. 5.2 ; 135 I 143, consid. 2.3 et 135 I 153, consid. 2.2.2 avec références à la doctrine.

¹⁵⁴⁸ ATF 135 I 143, consid. 3.3.

ce départ¹⁵⁴⁹. En outre, le comportement de la recourante en Suisse est exemplaire et elle s'est déjà intégrée dans ce pays. Bien que la recourante et sa sœur n'exercent actuellement pas d'activité lucrative, il leur serait possible, avec le permis adéquat, de trouver un travail pour subvenir aux besoins de la famille¹⁵⁵⁰. En outre, la fille de la recourante a un intérêt à bénéficier des possibilités de formation et des conditions de vie en Suisse en général. En tant que ressortissante suisse, elle pourrait y revenir à l'âge adulte, mais son intégration serait alors plus difficile¹⁵⁵¹. Dès lors, il n'y a pas d'intérêt relatif à la sécurité ou à l'ordre public qui plaide, au vu des circonstances particulières du cas d'espèce, pour l'éloignement de la recourante et de sa fille. Le refus d'autorisation de séjour viole donc l'art. 8 CEDH¹⁵⁵².

Cet arrêt constitue un *développement* concernant le champ d'application de l'art. 8 CEDH en considérant que l'enfant suisse peut être le regroupant permettant ainsi au parent étranger d'obtenir une autorisation de séjour – ou sa prolongation – en Suisse. Cela implique que l'autorité doit se prévaloir d'un intérêt public important, autre que la politique migratoire restrictive, pour refuser d'accorder ou de prolonger un titre de séjour au parent étranger qui a le droit de garde et l'autorité parentale sur l'enfant (atteinte d'une certaine gravité à l'ordre et à la sécurité publique). À cet égard, il faut procéder à une pesée des intérêts au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH¹⁵⁵³. 1018

Un raisonnement analogue est fait dans l'*ATF 135 I 153* où il s'agit de la prolongation d'une autorisation de séjour d'une ressortissante turque mariée à un ressortissant turc, naturalisé suisse. Après le décès du mari, les autorités refusent de lui prolonger son autorisation de séjour. Là aussi, l'enfant suisse du couple a un intérêt à rester en Suisse pour profiter des conditions de formation et de vie en général. En outre, bien qu'il pourrait revenir par ses propres moyens à l'âge adulte, il rencontrerait des difficultés d'intégration, ce qui est difficilement compatible avec la volonté du législateur de promouvoir l'intégration¹⁵⁵⁴. Dès lors, comme dans l'*ATF 135 I 143*, il ne suffit pas que les autorités migratoires invoquent comme intérêt public une politique migratoire restrictive. Au contraire, il faut qu'elles fondent leur refus sur des intérêts relatifs à la sécurité et l'ordre public¹⁵⁵⁵. Or, la recourante suit des cours de langue et d'intégration et a un travail à temps partiel comme femme de ménage, ce qui lui permet de ne pas émarger à l'aide sociale. Dès lors, dans la 1019

¹⁵⁴⁹ ATF 135 I 143, consid. 4.1.

¹⁵⁵⁰ ATF 135 I 143, consid. 4.2.

¹⁵⁵¹ ATF 135 I 143, consid. 4.3.

¹⁵⁵² ATF 135 I 143, consid. 4.4-4.5.

¹⁵⁵³ ATF 137 I 247, consid. 4.2.1 ; UEBERSAX ET AL. (2021), p. 134.

¹⁵⁵⁴ ATF 135 I 153, consid. 2.2.3.

¹⁵⁵⁵ ATF 135 I 153, consid. 2.2.4.

pesée des intérêts au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH, les intérêts de la recourante à la prolongation de son autorisation de séjour priment¹⁵⁵⁶.

- 1020 Dans l'*ATF 136 I 285*, bien que la recourante ait commis des infractions mineures en lien avec son entrée illégale (atteinte à des dispositions pénales de droit des étrangers), le Tribunal fédéral ne considère pas que celles-ci soient d'une importance telle qu'elles fassent primer l'intérêt public à la sécurité et l'ordre public sur le droit privé de l'enfant à pouvoir vivre dans son pays avec le parent qui s'occupe de lui¹⁵⁵⁷.
- 1021 Un raisonnement similaire est conduit dans l'*ATF 137 I 247* où la recourante est entrée et a travaillé illégalement en Suisse et a été soupçonnée d'y avoir conclu un mariage blanc. En outre, elle dépendait également de l'aide d'urgence, ce que le Tribunal fédéral a estimé comme pouvant changer si elle était au bénéfice d'un titre de séjour. Si tel ne devait pas être le cas, il faudrait procéder à une nouvelle pesée des intérêts¹⁵⁵⁸. Dès lors, on constate que la jurisprudence n'exige plus du parent un comportement irréprochable. Au contraire, l'atteinte doit être d'une certaine gravité pour l'emporter sur le droit de l'enfant suisse à pouvoir grandir en Suisse¹⁵⁵⁹.
- 1022 Dans l'*ATF 143 I 21*, c'est la mère, ressortissante du Nigéria – la recourante – qui demande à pouvoir prolonger son droit de présence en Suisse sur la base de regroupement familial inversé. C'est elle qui s'occupe principalement des enfants, le père payant difficilement sa pension alimentaire et ne passant pas un temps tel avec ses enfants que cela puisse être considéré comme une prestation en nature. Par ailleurs, la recourante est dépendante de l'aide sociale, a trompé les autorités suisses sur le but de son séjour, est arrivée en Suisse à l'âge de 30 ans et a encore de la famille au Nigéria. Ses enfants ayant respectivement quatre et deux ans et demi, ils peuvent donc encore s'adapter à un nouvel environnement. Finalement, si elle devait retourner au Nigéria et que les enfants restaient en Suisse avec leur père, il serait possible de maintenir des contacts par le biais de nouvelles technologies¹⁵⁶⁰. Dès lors, le Tribunal fédéral rejette le recours et ne prolonge pas l'autorisation de séjour de la recourante.
- 1023 Dans l'*ATF 147 I 149*, une ressortissante libanaise se marie en 2005, au Liban, avec un ressortissant suisse. En 2007, elle retourne au Liban et y met au monde leur fils. En 2013, ce dernier revient en Suisse vivre avec son père. Une décision des tribunaux zurichois accorde l'autorité parentale conjointe et octroie

¹⁵⁵⁶ ATF 135 I 153, consid. 2.3.

¹⁵⁵⁷ ATF 136 I 285, consid. 5.3.

¹⁵⁵⁸ ATF 137 I 247, consid. 5.2.

¹⁵⁵⁹ ATF 140 I 145, consid. 3.3 et 137 I 247, consid. 4.2.2.

¹⁵⁶⁰ ATF 143 I 21, consid. 6.3.

un droit de visite à la mère. En 2018, la mère fait une demande de regroupement familial inversé pour pouvoir venir séjourner en Suisse. En l'espèce, plusieurs aspects n'ont pas été suffisamment établis, en particulier quant à la question de l'intensité des liens entre la mère et l'enfant ainsi que l'étendue de la prise en charge par la mère. Dès lors, le Tribunal fédéral admet le recours et le renvoie à l'instance précédente¹⁵⁶¹. Cet arrêt est à lire en lien avec une violation de l'art. 12 CDE (audition de l'enfant). En effet, les autorités n'ont pas entendu l'enfant qui n'a ainsi pas pu s'exprimer sur la nature de sa relation avec sa mère et donner son avis alors que celui-ci est pourtant essentiel pour déterminer si les intérêts de la mère et du fils concordent et, sur cette base, accorder ou non une autorisation de séjour à la mère¹⁵⁶².

Enfin, dans l'*affaire Polidario c. Suisse*, la CourEDH doit se pencher sur une potentielle violation de l'art. 8 CEDH dans un cas où la requérante, ressortissante des Philippines, est empêchée, pendant plusieurs années, de voir son enfant (entre 2005 et 2010), sur lequel elle détient pourtant l'autorité parentale. En effet, ce dernier se trouve en Suisse avec son père et les autorités nationales lui refusent un titre de séjour. La requérante tenta plusieurs démarches afin de pouvoir maintenir les liens avec son enfant (demande d'autorisation de séjour et de mesures d'exécution utiles aux fins de sa réunion avec son enfant). Ces dernières ayant été entreprises alors que la requérante et le père de l'enfant étaient séparés et en litige concernant la garde, les autorités suisses avaient une obligation de se prononcer d'urgence sur les mesures à prendre pour maintenir les liens entre la mère et l'enfant. En particulier, la Cour attache beaucoup d'importance au fait que la requérante n'a pu maintenir aucun contact autre que téléphonique avec son enfant pendant plusieurs années. Ce n'est que dans le cadre de l'audience devant le tribunal tutélaire que la requérante a pu revoir son fils. N'ayant pu se résigner à repartir sans ce dernier, cette dernière est restée en Suisse et s'est vu octroyer un droit de visite progressif. Toutefois, sa situation est restée précaire jusqu'à la délivrance d'un titre de séjour en 2012. Au vu de la longue période pendant laquelle la requérante a été privée de l'exercice effectif de sa vie familiale, ce qui a altéré ses relations avec son fils, la Cour considère que les autorités suisses n'ont pas rempli leur obligation positive de prendre les mesures adéquates permettant de préserver les liens entre les protagonistes et ont ainsi violé l'art. 8 CEDH¹⁵⁶³.

1024

¹⁵⁶¹ ATF 147 I 149, consid. 4.

¹⁵⁶² ATF 147 I 149, consid. 3.

¹⁵⁶³ CourEDH, *Polidario c. Suisse* du 30 juillet 2013, requête n° 33169/10, par. 70-78.

5. L'examen de la proportionnalité et la pesée des intérêts au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH

a. Le contexte de la pesée des intérêts

- 1025 Conformément aux obligations négatives de l'Etat concernant l'art. 8 CEDH (N 955), ce dernier n'implique généralement pas le droit, pour une personne, de choisir librement l'Etat dans lequel elle souhaite résider (N 962). Cependant, refuser un droit de séjour à une personne étrangère dont la famille se trouve en Suisse peut porter atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale. Dès lors, l'éloignement n'est compatible que si l'on peut attendre de la personne qui a le droit de séjourner en Suisse qu'elle suive la personne étrangère à qui a été refusée une autorisation de séjour. Il en va différemment si le départ du membre de la famille pouvant résider en Suisse ne peut être exigé sans difficultés¹⁵⁶⁴.
- 1026 Dans cette dernière situation et, plus généralement, chaque fois qu'il y a une ingérence à l'art. 8 par. 1 CEDH, il faut que les conditions de l'art. 8 par. 2 CEDH soient remplies (N 965). Parmi ces conditions, nous allons ici en particulier examiner la *pesée des intérêts* entre d'une part, l'intérêt privé à l'obtention d'un titre de séjour et d'autre part, l'intérêt public à son refus. Pour que l'autorisation de séjour puisse être valablement refusée, ce dernier doit l'emporter sur le premier¹⁵⁶⁵.
- 1027 Plusieurs *intérêts publics* peuvent être invoqués par les autorités pour justifier une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale. En effet, ces dernières peuvent invoquer la gestion de l'immigration (art. 121a Cst.) et en particulier la mise en œuvre d'une politique migratoire restrictive (« *restriktiven Einwanderungspolitik* ») pour permettre la création de conditions favorables à l'intégration des étrangers et à l'amélioration de la structure du marché du travail ainsi qu'à maintenir un équilibre entre la population suisse et étrangère¹⁵⁶⁶. Cependant, suivant la gravité de l'atteinte (comme dans le cas du regroupement familial inversé), cet intérêt n'est pas suffisant et un autre intérêt comme le maintien de la sécurité ou de l'ordre public doit être invoqué par l'autorité (N 1018).

¹⁵⁶⁴ ATF 144 I 91, consid. 4.2 ; 139 I 330, consid. 2.2 et arrêt du TF 2C_505/2009 du 29 mars 2010, consid. 5.1 (non publié in ATF 136 I 285).

¹⁵⁶⁵ ATF 139 I 145, consid. 2.2 ; 137 I 247, consid. 4.1 et 135 I 153, consid. 2.1.

¹⁵⁶⁶ ATF 144 I 266, consid. 3.7 ; 137 I 284, consid. 2.1 et 137 I 247, consid. 4.1.2.

En outre, au moment d'invoquer certains intérêts publics comme la gestion de l'immigration, les autorités devraient aussi prendre en considération que le respect de ses engagements internationaux, par la Suisse, est important et consiste également en un intérêt public. Cela découle, d'une part, d'un principe de droit international public fondamental (« *pacta sunt servanda* ») et, d'autre part, il en va de la crédibilité de la Suisse sur la scène internationale de respecter ses engagements. 1028

b. Dans le cadre d'un droit de visite

La question de la pesée des intérêts de l'art. 8 par. 2 CEDH se pose notamment lorsque la personne qui s'est vu refuser un titre de séjour est au bénéfice d'un simple *droit de visite*. À cet égard, la jurisprudence considère qu'il n'est pas nécessaire que le parent concerné soit au bénéfice d'un droit de séjour durable en Suisse pour pouvoir y exercer son droit de visite. Au contraire, il peut l'exercer dans le cadre de séjours brefs, au besoin en aménageant ses modalités quant à la fréquence et à la durée ou par le biais de moyens de communication modernes¹⁵⁶⁷. Cependant, la place que l'on accorde maintenant aux relations étroites et effectives entre le parent demandeur et l'enfant a fait évoluer la conception du droit de visite. Des droits de visite plus larges qu'avant sont accordés et c'est un élément dont il faut tenir compte dans la pesée des intérêts¹⁵⁶⁸. 1029

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un droit plus étendu ne peut exister qu'en présence¹⁵⁶⁹ : 1030

- de relations étroites et effectives avec l'enfant d'un point de vue affectif et
- d'un point de vue économique ;
- de l'impossibilité pratique à maintenir la relation en raison de la distance qui sépare le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent et
- d'un comportement irréprochable.

Dans cette pesée des intérêts, il faut également tenir compte de *l'intérêt supérieur de l'enfant* à grandir en jouissant d'un contact étroit avec ses deux parents. Cependant, il faut garder à l'esprit que c'est un élément (bien qu'important) parmi d'autres dans la pesée des intérêts et qu'il n'est pas à même de 1031

¹⁵⁶⁷ ATF 144 I 91, consid. 5.1 ; 143 I 21, consid. 5.3 et 139 I 315, consid. 2.2.

¹⁵⁶⁸ ATF 139 I 315, consid. 2.3.

¹⁵⁶⁹ ATF 144 I 91, consid. 5.2 ; 143 I 21, consid. 5.2 ; 139 I 315, consid. 2.2 et ATF 137 I 247, consid. 4.2.3; SEM, Directives LEI, chap. 6.17.2.4.2, p. 148 (état au 1^{er} mars 2022).

fonder une prétention directe à l'octroi ou au maintien d'une autorisation. La prise en compte de cet intérêt découle également de la Convention relative aux droits des enfants (en particulier les art. 3, 9 et 18 CDE)¹⁵⁷⁰.

- 1032 En revanche, si c'est le parent étranger qui a la garde qui demande la prolongation de son autorisation uniquement pour faciliter l'exercice de son droit de visite par l'autre parent, ladite autorisation est octroyée de manière encore plus restrictive que celle demandée directement par le parent exerçant le droit de visite¹⁵⁷¹.
- 1033 Dans l'ATF 139 I 315, le Tribunal fédéral procède à une précision de la jurisprudence en *différenciant la situation d'un parent qui demande la prolongation de son autorisation de séjour, de celui qui en demande une pour la première fois*. Dans le premier cas de figure, le Tribunal fédéral considère qu'il existe déjà une relation étroite d'un point de vue affectif dans le cadre d'un droit de visite usuel, qui doit toutefois être effectivement vécue. Dans le second cas, il faut toujours qu'il existe une relation étroite plus étendue que dans l'exercice d'un droit de visite usuel. Les autres éléments continuent à s'appliquer dans les deux cas de figure¹⁵⁷².
- 1034 Dans l'*ATF 139 I 315*, le père étant déjà en Suisse, il demandait la prolongation de son autorisation de séjour. Il se place donc dans la première catégorie et l'autorité considère qu'il existe des relations étroites et effectives d'un point de vue affectif. En outre, le père étant originaire du Mexique, il est difficilement possible d'envisager maintenir cette relation avec une telle distance. Il paie également une pension alimentaire de 800 francs par mois. Il reste à traiter du comportement du recourant à l'égard duquel l'instance précédente lui fait grief d'un comportement violent avec son ex-épouse. Cette question étant déterminante mais demandant un approfondissement, notamment quant au fait de savoir si les disputes venaient des deux époux ou seulement de la part du recourant, le Tribunal fédéral renvoie l'affaire au tribunal cantonal¹⁵⁷³.
- 1035 Dans l'*ATF 144 I 91*, un droit de séjour a été reconnu au père d'un enfant au bénéfice d'une autorisation d'établissement, exerçant un droit de visite étendu, équivalent presque à une garde alternée, impliquant une prise en charge affective et en nature, remplaçant ainsi une contribution d'entretien. En revanche, il a été condamné par ordonnance pénale pour non-paiement de son obligation d'entretien. En outre, son pays d'origine étant l'Algérie, cela rend l'exercice

¹⁵⁷⁰ ATF 144 I 91, consid. 5.2 ; 143 I 21, consid. 5.5 ; 139 I 315, consid. 2.4 et 137 I 247, consid. 5.1.3.

¹⁵⁷¹ ATF 142 II 35, consid. 6.2.

¹⁵⁷² ATF 139 I 315, consid. 2.4-2.5.

¹⁵⁷³ ATF 139 I 31, consid. 3.

d'un droit de visite plutôt théorique. Dès lors, la prise en considération globale des différents intérêts et le poids prépondérant que revêtent en l'espèce les relations affectives et l'existence d'un soutien financier (en nature) permettent de conclure à l'existence d'une vie de famille entre le recourant et son fils¹⁵⁷⁴. L'évaluation du Tribunal fédéral s'écarte de celle de l'instance précédente sur la composante du comportement irréprochable, en cela qu'il considère que cet aspect ne doit pas peser doublement dans l'évaluation (point de vue économique et du comportement irréprochable)¹⁵⁷⁵.

c. En présence d'une infraction pénale

(i) *Les éléments à prendre en considération*

Une *condamnation pénale* peut être un motif de révocation de l'autorisation de séjour ou d'établissement (cf. art. 62 al. 1, let. b ou respectivement art. 63 al. 1, let. a LEI). Si la perte du droit de séjour porte atteinte au droit à la vie familiale, il faut procéder à une pesée des intérêts selon l'art. 8 par. 2 CEDH qui se confond avec l'examen prévu par l'art. 96 LEI¹⁵⁷⁶. L'autorité devra dès lors prendre en considération la gravité de l'infraction, le degré d'intégration, la durée de la présence en Suisse ainsi que les répercussions sur sa vie familiale¹⁵⁷⁷. 1036

En outre, lorsque la personne concernée est au bénéfice d'une *autorisation d'établissement*, une révocation de l'autorisation n'est possible qu'avec retenue, en particulier si la personne est née ou a passé l'essentiel de sa vie en Suisse. En effet, dans ces cas, il faut que les circonstances y menant soient d'une certaine gravité. Tel est le cas lorsque la personne concernée est condamnée à plusieurs reprises ou pour une infraction grave. Le trafic de drogue à des fins d'enrichissement personnel entre par exemple dans cette catégorie¹⁵⁷⁸. 1037

Dans l'affaire *Boultif c. Suisse*, la CourEDH a défini les *principes directeurs* pour examiner si la mesure est nécessaire dans une société démocratique lorsque celle-ci entraîne une ingérence au droit à la vie privée ou familiale¹⁵⁷⁹. Ces 1038

¹⁵⁷⁴ ATF 144 I 91, consid. 6.1.

¹⁵⁷⁵ ATF 144 I 91, consid. 6.2.

¹⁵⁷⁶ ATF 139 I 145, consid. 2.2 et 139 I 31, consid. 2.3.2.

¹⁵⁷⁷ ATF 139 I 145, consid. 2.4, avec références à la jurisprudence de la CourEDH.

¹⁵⁷⁸ ATF 139 I 31, consid. 2.3.1; 139 I 16, consid. 2.2.1.

¹⁵⁷⁹ CourEDH, *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, requête n° 54273/00, par. 48.

principes directeurs sont repris et systématisés dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas*¹⁵⁸⁰.

1039 La CourEDH précise, à cet égard, que ces principes directeurs doivent être pris en compte dans toutes les affaires concernant des immigrés établis censés être expulsés et/ou interdits du territoire à la suite d'une condamnation pénale¹⁵⁸¹. Ils sont également repris par le Tribunal fédéral lorsqu'il procède à l'examen de la proportionnalité de la mesure¹⁵⁸² :

- la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ;
- la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ;
- le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction et la conduite du requérant pendant cette période ;
- la nationalité des diverses personnes concernées ;
- la situation familiale du requérant, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein du couple ;
- la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale ;
- la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge ;
- la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé ;
- l'intérêt et le bien-être des enfants ; en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé et

¹⁵⁸⁰ CourEDH, *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête n° 46410/99, par. 57 et dans des affaires contre la Suisse : CourEDH, *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, requête n° 23887/16, par. 69 ; *Salija c. Suisse* du 10 janvier 2017, requête n° 55470/10, par. 42 ; *K.M. c. Suisse* du 2 juin 2015, requête n° 6009/10, par. 51 ; *M.P.E.V et autres c. Suisse* du 8 juillet 2014, requête n° 3910/13, par. 52 ; *Palanci c. Suisse* du 25 mars 2014, requête n° 2607/08, par. 51 ; *Vasquez c. Suisse* du 26 novembre 2013, requête n° 1785/08, par. 38 ; *Hasanbasic c. Suisse* du 11 juin 2013, requête n° 52166/09, par. 53 ; *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, requête n° 12020/09, par. 45 et *Kissiwa Koffi c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 63.

¹⁵⁸¹ CourEDH, *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête n° 46410/99, par. 60.

¹⁵⁸² Notamment dans les ATF 139 I 145, consid. 2.4 ; 139 I 16, consid. 2.2.2 et 135 II 377, consid. 4.3.

- la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination.

Si la CourEDH examine l'affaire sous l'angle du droit à la *vie privée*, seuls les critères relatifs à la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ; le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction et la conduite du requérant pendant cette période et la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination sont pris en considération dans l'examen¹⁵⁸³. Dans l'affaire *Shala c. Suisse*, la CourEDH rajoute le critère relatif à la nationalité des diverses personnes concernées¹⁵⁸⁴. 1040

Les *éléments particuliers du cas d'espèce*, comme les éventuels problèmes médicaux ou la nature temporaire ou définitive de l'interdiction de territoire, doivent également être pris en considération tant en présence d'une ingérence au droit à la vie privée que familiale¹⁵⁸⁵. 1041

Finalement, lorsqu'il y a des enfants dans la famille, leur *intérêt supérieur* doit être une considération primordiale des autorités dans l'examen de la proportionnalité¹⁵⁸⁶. 1042

Concernant la composante relative à l'infraction, l'autorité prend également en compte l'*art. 121 al. 3-6 Cst.*, bien que ce dernier ne soit pas directement applicable¹⁵⁸⁷, dans une mesure qui soit compatible avec la pesée des intérêts prévue par l'art. 8 par. 2 CEDH¹⁵⁸⁸. En effet, l'art. 121 al. 3 Cst. met en avant la gravité de certaines infractions à l'égard desquelles le constituant a voulu montrer une certaine intransigeance¹⁵⁸⁹. Cependant, l'automatisme de cet article peut être problématique du point de vue de l'art. 8 par. 2 CEDH qui demande de procéder à une pesée des intérêts dans chaque cas d'espèce. Or, la CourEDH a déclaré à plusieurs reprises que les Etats étaient au bénéfice d'une 1043

¹⁵⁸³ CourEDH, *Gezginci Cevdet c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, par. 61 et *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête n° 42034/04, par. 68.

¹⁵⁸⁴ CourEDH, *Shala Isak c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n°52873/09, par. 45.

¹⁵⁸⁵ CourEDH, *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, requête n° 23887/16, par. 70 ; *Hasanbasic c. Suisse* du 11 juin 2013, requête n° 52166/09, par. 54 ; *Shala Isak c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n°52873/09, par. 46 ; *Gezginci Cevdet c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, par. 62 et *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête n°42034/04, par. 71.

¹⁵⁸⁶ CourEDH, *M.P.E.V et autres c. Suisse* du 8 juillet 2014, requête n° 3910/13, par. 52.

¹⁵⁸⁷ Il a été mis en œuvre par les art. 66a ss CP, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016 (RO 2016 2329; FF 2013 5373).

¹⁵⁸⁸ ATF 139 I 16, consid. 4 et 139 I 31, consid. 2.3.2.

¹⁵⁸⁹ Arrêt du TF 2C_467/2020 du 17 novembre 2020, consid. 4.4.

marge de manœuvre pour mettre en œuvre leur politique migratoire et par extension de la pesée des intérêts de l'art. 8 par. 2 CEDH¹⁵⁹⁰.

(ii) *L'appréciation du Tribunal fédéral*

- 1044 Dans l'*ATF 139 I 145*, le recourant est un ressortissant afghan, condamné pénalement, sur la base de la loi sur les stupéfiants, à deux ans de peine privative de liberté. Ce dernier est marié avec une ressortissante suisse, ce qui lui permet de se prévaloir d'un droit au séjour (art. 42 LETr). Or, sa condamnation à une peine privative de liberté de deux ans constitue un motif de révocation de son autorisation de séjour (art. 62 al. 1, let. b en lien avec 63 al. 1, let. a et 51 al. 1, let. b LETr). Il reste au Tribunal fédéral à examiner si cette dernière est proportionnée à l'atteinte qu'elle représente à sa vie familiale.
- 1045 Ce dernier rappelle que la condamnation pénale en lien avec le trafic de drogue pour une durée de 33 mois pèse lourd dans la balance des intérêts en présence. Cependant, la durée supérieure à deux ans de la peine privative de liberté (pratique « Reneja »¹⁵⁹¹) n'est pas un critère absolu et il faut procéder à une pesée des intérêts globale¹⁵⁹². Le Tribunal fédéral prend ensuite en considération la durée du séjour en Suisse (arrivée en Suisse en 2005) ainsi que l'intégration sociale du recourant (il travaille et parle suffisamment bien l'allemand pour que les autorités n'aient pas eu besoin de recourir à un interprète)¹⁵⁹³. Il considère ensuite son mariage avec une suisse qui date d'avant sa condamnation et l'impossibilité de demander à son épouse de le suivre en Afghanistan à cause de la situation humanitaire déplorable qui règne dans ce pays. Il examine également sa relation – considérée comme intacte – avec son enfant de cinq ans¹⁵⁹⁴. Enfin, il dit prendre encore en considération le fait de savoir si la condamnation pénale était une première condamnation ou une récidive. En l'espèce, il s'agit d'une première condamnation et le recourant a eu une bonne conduite depuis¹⁵⁹⁵. Dès lors, l'appréciation globale de la situation amène le Tribunal fédéral à conclure que la mesure de révocation était disproportionnée et qu'il faut prolonger l'autorisation de séjour du recourant. Cependant, il précise encore qu'en cas de récidive ou en présence d'un autre motif de

¹⁵⁹⁰ CourEDH, *Kissiwa Koffi c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 71 et ATF 139 I 145, consid. 2.5.

¹⁵⁹¹ Consacrée à l'ATF 110 Ib 201.

¹⁵⁹² ATF 139 I 145, consid. 3.4 ; aussi ATF 135 II 377, consid. 4.4.

¹⁵⁹³ ATF 139 I 145, consid. 3.5.

¹⁵⁹⁴ ATF 139 I 145, consid. 3.6-3.7.

¹⁵⁹⁵ ATF 139 I 145, consid. 3.8.

révocation, une prolongation de l'autorisation ne sera pas accordée. Le recourant est ainsi averti (art. 96 al. 2 LEtr)¹⁵⁹⁶.

Dans l'*ATF 139 I 16*, le Tribunal fédéral considère la révocation d'une autorisation d'établissement d'un ressortissant de Macédoine, arrivé enfant en Suisse par le biais du regroupement familial. Ce dernier a été condamné à une peine privative de liberté de 18 mois pour trafic de drogue. Cependant, il n'était pas auteur principal mais seulement un passeur (« *Drogenkurier* »). Il n'a d'ailleurs commis qu'une seule infraction à l'âge de 19 ans. Dès lors, le Tribunal fédéral considère cette infraction comme une erreur de jeunesse qui découle d'un manque de sens critique, car malgré les risques pris et la valeur de l'héroïne, il ne s'est pas beaucoup enrichi¹⁵⁹⁷. En outre, le recourant travaille comme peintre, est fiancé et parle couramment l'allemand alors qu'il ne parle qu'imparfaitement l'albanais (une des langues parlées en Macédoine) et n'a plus de famille dans son pays d'origine. Pour toutes ces raisons, le Tribunal fédéral considère la révocation comme disproportionnée. Par contre, si le recourant ne saisit pas l'opportunité qui lui est offerte, une révocation ultérieure n'est pas exclue¹⁵⁹⁸.

1046

Dans l'*ATF 139 I 31*, rendu le même jour que l'*ATF 139 I 16*, le Tribunal fédéral tranche à l'inverse de l'arrêt précédent auquel il fait d'ailleurs référence, dans un cas avec un état de fait similaire. En effet, il avalise la révocation de l'autorisation d'établissement d'un ressortissant de Macédoine, arrivé enfant en Suisse par le biais du regroupement familial. Ce dernier a été condamné à 24 mois de peine privative de liberté pour trafic de drogue. À cet égard, le Tribunal fédéral considère qu'il a déployé une plus grande « énergie criminelle » que le recourant de l'*ATF 139 I 16*¹⁵⁹⁹. Il a également été condamné en tant que mineur, mais n'a pas accompli de formation en Suisse et a passé des périodes au chômage. Le Tribunal fédéral prend également en considération qu'il est fiancé avec une ressortissante suisse, d'origine macédonienne et que sa famille réside en Suisse. Pourtant, il n'a pas fait valoir qu'il n'avait plus aucun lien avec son pays d'origine dont il parle une des langues. En outre, même depuis la Macédoine, il peut entretenir des liens avec sa famille par des visites ou les nouveaux moyens de communications¹⁶⁰⁰.

1047

¹⁵⁹⁶ ATF 139 I 145, consid. 3.9.

¹⁵⁹⁷ ATF 139 I 16, consid. 3.1.

¹⁵⁹⁸ ATF 139 I 16, consid. 3.2.

¹⁵⁹⁹ ATF 139 I 31, consid. 3.2.

¹⁶⁰⁰ ATF 139 I 31, consid. 3.2.

(iii) *L'appréciation de la CourEDH*

- 1048 Dans la période passée sous revue, la CourEDH a rendu plusieurs arrêts à l'encontre de la Suisse, dans lesquels elle a procédé à un examen de la mesure sur la base de l'art. 8 par. 2 CEDH. Si la base légale et le but légitime sont généralement reconnus, la Cour se penche en particulier sur la question de savoir si l'ingérence dans le droit du requérant est *nécessaire dans une société démocratique* et en particulier sur la proportionnalité de la mesure par rapport au but légitime poursuivi. À cet effet, elle procède, à une pesée des intérêts (pour les différents éléments à prendre en considération, cf. N 1038).
- 1049 Dans l'*affaire Emre c. Suisse*, la Cour se penche sur la proportionnalité d'une expulsion d'une durée indéterminée, basée sur de multiples condamnations d'un ressortissant turc, arrivé en Suisse enfant par le biais du regroupement familial. La Cour évalue d'abord la gravité des infractions commises par le requérant. La durée cumulée de ces dernières est de 18 mois et demie, mais elles se sont étendues sur plusieurs années et les deux sursis accordés ont été révoqués à cause de la persistance des activités délictuelles. À cet égard, la Cour relève qu'une partie des infractions ont été commises alors que le requérant était encore mineur ou jeune adulte. Concernant la durée de son séjour en Suisse, la Cour constate que le recourant a vécu dans ce pays la majeure partie de sa vie. Cette dernière reconnaît qu'il fait preuve d'une certaine intégration dans ce pays alors que les liens maintenus avec la Turquie semblent très tenus et la maîtrise du turc imparfaite¹⁶⁰¹. Un poids particulier est accordé à la situation médicale de l'intéressé. En effet, ce dernier souffre de troubles psychiques et a fait preuve d'une tendance à l'automutilation. Si la Cour reconnaît qu'ils peuvent être traités en Turquie, elle considère qu'ils constituent un aspect supplémentaire susceptible de rendre le retour encore plus difficile dans un pays où le requérant ne dispose guère d'un réseau social. Finalement, elle prend également en compte le caractère définitif de la mesure d'éloignement. Au vu de tous ces éléments, la Cour considère que les autorités nationales n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en cause. Dès lors, il y a une violation de l'art. 8 CEDH¹⁶⁰².
- 1050 À la suite de cet arrêt, le requérant dépose une demande de révision auprès du Tribunal fédéral. Ce dernier admet la demande et revoit la durée de la mesure d'éloignement qu'il baisse à dix ans (au lieu d'une durée indéterminée). Suite à cette décision, le requérant dépose une nouvelle requête auprès de la CourEDH. Après un nouvel examen, cette dernière arrive à la conclusion qu'une interdiction de territoire de dix ans correspond à une durée considérable qui ne

¹⁶⁰¹ CourEDH, *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête n°42034/04, par. 72-80.

¹⁶⁰² CourEDH, *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête n°42034/04, par. 81-87.

peut pas passer pour nécessaire dans une société démocratique au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH¹⁶⁰³. À cet égard, il est intéressant de relever que ce second arrêt comporte une opinion dissidente de deux juges (dont le juge suisse) où ils mettent en avant que le Tribunal fédéral a suffisamment pris en compte l'arrêt de la Cour en revoyant la durée de l'expulsion et qu'il était dans sa marge d'appréciation de fixer cette dernière à dix ans.

Dans l'*affaire Gezginci c. Suisse*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l'expulsion d'un ressortissant turc entré illégalement en Suisse en 1978, pour y travailler sans autorisation. Elle examine d'abord la gravité des infractions commises (infractions à la circulation routière, facilitation du séjour illégal d'étrangers en Suisse) par le requérant et constate qu'elles n'ont été prises en considération que de manière secondaire par les autorités nationales et qu'en comparaison d'autres affaires, les condamnations ne pèsent pas lourd tant du point de vue de la gravité que des peines finalement infligées¹⁶⁰⁴. Ensuite, concernant la durée du séjour, la Cour note que le requérant est arrivé en Suisse à l'âge adulte, d'abord sans autorisation, puis avec une autorisation de séjour régulièrement renouvelée de 1980 à 1997. Pendant cette période, le requérant a quitté plusieurs fois la Suisse pour se rendre en Turquie ou en Roumanie. Elle considère que la durée globale de son séjour est très longue (près de 30 ans). Concernant le laps de temps écoulé depuis les infractions, ces dernières sont antérieures à 1993. Quant aux relations du requérant, la Cour considère qu'il a conservé des liens avec son pays d'origine, notamment un certain cercle familial. En outre, le requérant ne s'est pas vraiment intégré en Suisse : il a changé très souvent de travail, a accumulé des dettes importantes et dépend des allocations de chômage et de l'assistance publique. Finalement, la Cour se penche encore sur son état de santé (dépression, rhumatisme) qu'elle ne considère pas comme un obstacle significatif à son intégration en Turquie. Dès lors, la Cour arrive à la conclusion que les autorités suisses ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence et qu'il n'y a pas de violation de l'art. 8 CEDH¹⁶⁰⁵.

1051

Cet arrêt comporte également une *opinion dissidente* de deux juges qui considèrent que la présente affaire emporte une violation de l'art. 8 CEDH. Celle-ci est principalement basée sur la durée très longue du séjour qui était susceptible d'avoir fait naître chez le requérant un sentiment d'être toléré par les autorités et donc une espérance légitime de pouvoir rester définitivement en Suisse ainsi que son état de santé et de l'absence d'infractions depuis 1993.

1052

¹⁶⁰³ CourEDH, *Emre c. Suisse* (N° 2) du 11 janvier 2012, requête n° 5056/10, par. 76.

¹⁶⁰⁴ CourEDH, *Gezginci Cevdet c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, par. 66 avec références.

¹⁶⁰⁵ CourEDH, *Gezginci Cevdet c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête n° 16327/05, par. 64-80.

- 1053 Dans l'*affaire Kissiwa Koffi c. Suisse*, la Cour se penche sur la proportionnalité d'une interdiction d'entrée en Suisse prononcée à l'encontre d'une ressortissante ivoirienne, mariée à un ressortissant suisse avec lequel elle a eu un enfant. Cette mesure est prononcée par les autorités suite à une condamnation à 33 mois d'emprisonnement pour trafic de drogue. La Cour commence par relever que cette condamnation pèse lourd dans la balance, d'autant plus qu'elle a toujours reconnu que les infractions qui touchent au trafic de drogue soient condamnées avec une grande fermeté. En outre, elle n'a passé que quelques années en Suisse, dont une partie en prison, et ne parle pas allemand et mal le français. Le mariage ayant été conclu avant l'infraction, le mari ne pouvait en être au courant lors de la création de la relation familiale. Cependant, il devait s'attendre à une séparation depuis la décision de non-prolongation de l'autorisation de séjour. De plus, ce dernier est d'origine ivoirienne et, bien que présentant certaines difficultés, sa réintégration dans ce pays est envisageable. Finalement, la Cour rappelle que l'interdiction d'entrée a été prononcée pour une durée indéterminée, ce qui pourrait rendre la mesure disproportionnée. Cependant, la requérante peut en demander une levée temporaire pour rendre visite à sa famille, ce qu'elle a fait, à plusieurs reprises, et qui a été acceptée une fois par les autorités montrant, selon la CourEDH, leur souci de prendre en compte la vie familiale de la requérante ainsi que cette possibilité est effective. Dès lors, la Cour arrive à la conclusion qu'il n'y a pas violation de l'art. 8 CEDH¹⁶⁰⁶.
- 1054 L'*opinion dissidente* de deux juges, dans laquelle ils plaident pour une violation de l'art. 8 CEDH, est jointe à la décision. En effet, ils considèrent que sa condamnation, bien que lourde, n'est due qu'à un seul acte pour lequel les autorités n'ont retenu que le dol éventuel. Il leur paraît donc difficile de dire que la requérante a fait preuve d'une « énergie criminelle » particulière. En outre, le comportement de la requérante pendant et après la procédure pénale a été irréprochable. Dès lors, une interdiction permanente du territoire semble excessive. En outre, selon eux, on ne saurait attendre du mari qu'il retourne en Côte d'Ivoire, ayant également deux enfants d'un autre lit en Suisse et, surtout, on ne saurait relativiser l'importance de la protection juridique d'un enfant en fonction de sa date de conception (qui est ici après la condamnation). Enfin, ils se disent frappés par la durée indéterminée de l'interdiction qui, à elle seule, devrait rendre la mesure disproportionnée. En outre, la demande finalement acceptée par les autorités l'a été pour que la requérante puisse participer à des procédures judiciaires en Suisse, ce qui relativise la bonne volonté des autorités suisses à prendre en considération la protection de la vie familiale de la requérante.

¹⁶⁰⁶ CourEDH, *Kissiwa Koffi c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 65-72.

Dans l'*affaire Shala c. Suisse*, la Cour se penche sur la proportionnalité d'une mesure d'expulsion d'un requérant originaire du Kosovo, arrivé en Suisse à l'âge de sept ans par le biais du regroupement familial. Ce dernier a commis plusieurs infractions. La Cour commence par rappeler que le recourant a passé une très longue période de sa vie en Suisse. En outre, il a été condamné en tout à cinq mois et demi de peine privative de liberté (avec sursis) pour ces différentes infractions (lésions corporelles par négligence, violations graves des règles de la circulation routière, rixe, chantage à l'égard de son ex-amie). À cet égard, les instances nationales et la CourEDH accordent un poids particulier aux menaces prononcées contre son ex-amie ainsi qu'à l'étalement dans le temps de ces différentes infractions qui ont été commises après l'adolescence et que l'on ne peut donc pas qualifier de délinquance juvénile. La Cour prend également en compte que, s'étant marié au Kosovo, un éloignement de Suisse ne le séparerait pas de son épouse et qu'il a gardé des liens assez forts avec son pays d'origine. Bien que le reste de sa famille se trouve en Suisse, les liens avec ces derniers peuvent être maintenus par les différents moyens de communication et par les visites de la famille au Kosovo. Finalement, la Cour prend en compte que la mesure d'expulsion n'est pas illimitée mais d'une durée de dix ans. Dès lors, elle considère qu'il n'y a pas violation de l'art. 8 CEDH et que les autorités suisses ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts privés du requérant et l'intérêt public à contrôler l'immigration¹⁶⁰⁷.

1055

Dans l'*affaire Udeh c. Suisse*, la Cour procède à une nouvelle pesée des intérêts pour savoir si l'expulsion d'un ressortissant nigérian ayant deux filles en Suisse est compatible avec l'art. 8 par. 2 CEDH. La Cour commence par rappeler que le requérant a été condamné à 42 mois d'emprisonnement en Allemagne pour une infraction en matière de stupéfiants, ce qui pèse lourdement dans la balance. Le requérant est premièrement venu en Suisse en 2001 et a déposé une demande d'asile qui a été rejetée. Il a ensuite quitté la Suisse, y est revenu en 2003 et a épousé une ressortissante suisse deux mois plus tard, avec laquelle il y eu des jumelles dans la même année. En 2006, il est condamné en Allemagne. Entre-temps divorcé, la Cour retient qu'il s'efforce de maintenir un contact régulier avec ses enfants, envers lesquels il exerce un simple droit de visite. En outre, l'infraction ayant été commise après la naissance de ses enfants, son épouse ne pouvait pas être au courant lors de la création de la relation familiale ce qui joue un rôle considérable dans l'appréciation de la présente affaire. Finalement, une interdiction d'entrée a été émise à l'égard du requérant. Cependant, la Cour considère que, même s'il peut en demander une levée temporaire pour pouvoir venir rendre visite à ses enfants, ces mesures ne sauraient remplacer le droit des requérants à jour de leur droit de vivre

1056

¹⁶⁰⁷ CourEDH, *Shala Isak c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n°52873/09, par. 49-58.

ensemble. Dès lors, elle estime que les autorités suisses ont outrepassé leur marge d'appréciation et donc commis une violation de l'art. 8 CEDH¹⁶⁰⁸.

- 1057 Dans cette affaire, deux juges ont une *opinion dissidente*. Leurs arguments principaux ont trait au poids prépondérant à donner à sa condamnation pour trafic de drogue en Allemagne, au fait qu'il est arrivé en Suisse à l'âge adulte sous une fausse identité, qu'il est divorcé et qu'il exerce un simple droit de visite qui pourrait aussi être exercé au Nigéria ou lors de courts séjours en Suisse.
- 1058 Dans l'*affaire Hasanbasic c. Suisse*, la Cour se penche sur la compatibilité avec l'art. 8 CEDH du refus des autorités suisses de renouveler le permis d'établissement du requérant ressortissant de Bosnie-Herzégovine. Bien que ce cas soit un peu différent des précédents puisque les condamnations pénales ne jouent qu'un rôle secondaire, la cour considère qu'il faut l'examiner à la lumière des mêmes critères que les cas d'éloignement (N 1038). La cour relève d'abord que les requérants ont résidé en Suisse pendant une période considérable (23 ans pour le requérant et 40 pour son épouse). Dès lors, la Cour est d'avis qu'il incombe aux autorités internes de démontrer, de manière convaincante et par des motifs pertinents et suffisants qu'il existe un besoin social impérieux d'éloigner la personne et que la mesure est proportionnée au but légitime poursuivi. Un élément important de la pesée est le cumul de dettes importantes accumulées par le requérant, y compris sa dépendance à l'aide publique (333 000 CHF). À cet égard, la Cour rappelle que le bien-être économique du pays est un objectif légitime pouvant justifier une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale. Cependant, c'est un élément parmi d'autres à prendre en considération. Elle prend également en compte l'importance des liens sociaux tissés ses nombreuses années et, qu'à l'inverse, les liens avec le pays d'origine sont faibles si bien qu'une réintégration pourrait s'avérer difficile. Finalement, un élément important que la Cour prend en considération est l'aggravation de l'Etat de santé du requérant qui s'est dégradé depuis l'arrêt du Tribunal fédéral. Au vu de ces éléments, la Cour considère que la Suisse a dépassé sa marge d'appréciation et a violé l'art. 8 CEDH¹⁶⁰⁹.
- 1059 Dans l'*affaire Vasquez c. Suisse*, la Cour se penche sur la compatibilité avec l'art. 8 CEDH de l'interdiction d'entrée prononcée par les autorités suisses, à l'encontre d'un ressortissant péruvien, suite à des condamnations pour actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ainsi que pour abus de détresse en 2001. La Cour commence par relever la nature sérieuse des infractions pour lesquelles le requérant est condamné en 2001. Elle

¹⁶⁰⁸ CourEDH, Udeh c. Suisse du 16 avril 2013, requête n° 12020/09, par. 46-55.

¹⁶⁰⁹ CourEDH, Hasanbasic c. Suisse du 11 juin 2013, requête n° 52166/09, par. 57-67.

relève ensuite que la durée de présence en Suisse (environ quinze ans) est importante mais qu'il a passé une partie de ces années en prison et que son titre de séjour a été instable pendant un moment, ce qui relativise le poids à accorder à cette durée. En outre, bien qu'abandonnées, des charges pour une nature similaire à celles de 2001 ont été portées contre le requérant, ce qui laisse craindre un risque de récidive. Concernant sa femme, elle était au courant de ces condamnations et de leurs potentiels effets depuis le début de leur relation. En outre, ils ont pu s'établir en France voisine et ne courent pas le risque d'être séparés. La mesure ne porte donc pas atteinte à leur vie familiale. Le requérant n'a pas non plus réussi à démontrer de liens de dépendance particuliers avec les membres de sa famille en Suisse. Finalement, la Cour prend en considération que l'interdiction d'entrée est d'une durée illimitée. Cependant, le requérant a la possibilité d'en demander des suspensions. Dès lors, les autorités suisses n'ont pas commis de violation de l'art. 8 CEDH¹⁶¹⁰.

Dans l'*affaire Palanci c. Suisse*, la Cour considère qu'il n'y a pas violation de l'art. 8 CEDH à l'égard d'un requérant expulsé de Suisse à la suite de nombreuses condamnations pénales (19 en tout) et ayant accumulé une importante dette à l'aide publique. Bien qu'il ait sa famille (femme et trois enfants) en Suisse, il a vécu séparé pendant plusieurs périodes de sa femme et n'a jamais payé les pensions alimentaires. Son séjour en Suisse est d'une longue période (18 ans), mais une longue partie de ce séjour a été faite alors que son titre de séjour était précaire, le requérant ayant fait l'objet de plusieurs avertissements. Dès lors, ce séjour n'a pas le même poids que celui au bénéfice d'un titre de séjour stable. Il a également conservé des liens avec la Turquie, pays où il a grandi et a été scolarisé (contrairement à l'affaire Emre). Sa femme est également originaire de ce pays et leurs enfants sont suffisamment jeunes pour se réintégrer dans un nouvel environnement si le reste de la famille décidait de le suivre. Finalement, bien que l'expulsion ait été d'une durée indéterminée, il a pu revenir une fois rendre visite à sa famille et, au moment du rendu de l'arrêt, les autorités suisses lui avaient octroyé un nouveau titre de séjour¹⁶¹¹.

1060

Dans l'*affaire M.P.E.V. et autres c. Suisse*, la Cour se penche sur l'expulsion d'un requérant d'asile équatorien débouté, dont la femme et la fille ont reçu une admission provisoire en Suisse. La Cour relève d'abord que ce dernier a été condamné quatre fois. En outre, il est arrivé en Suisse comme requérant d'asile alors qu'il était déjà adulte. Cependant, sa procédure a duré plus de dix ans jusqu'à ce que le Tribunal administratif fédéral rende sa décision finale. Bien qu'il soit séparé de sa femme, la Cour considère que la relation avec cette dernière et sa fille tombe dans la sphère protégée par l'art. 8 CEDH dans son

1061

¹⁶¹⁰ CourEDH, Vasquez c. Suisse du 26 novembre 2013, requête n° 1785/08, par. 41-51.

¹⁶¹¹ CourEDH, Palanci c. Suisse du 25 mars 2014, requête n° 2607/08, par. 56-64.

volet relatif à la vie familiale. Sa femme l'aide avec sa maladie et ils élèvent ensemble leur enfant, ce qui est attesté par le large droit de visite qu'il exerce. Le Tribunal administratif fédéral n'ayant pas opté pour la même qualification que la Cour – en ne considérant pas que la relation était protégée par l'art. 8 CEDH –, cette dernière considère qu'il n'a pas été accordé assez de poids à l'intérêt supérieur de l'enfant, si son père était renvoyé en Équateur. À l'appui de son argument, la Cour fait référence à l'art. 3 CDE. Dès lors, les autorités suisses ont dépassé leur marge d'appréciation et commis une violation de l'art. 8 CEDH¹⁶¹².

1062 Dans l'*affaire K.M. c. Suisse*, la Cour considère qu'il n'y a pas violation de l'art. 8 CEDH dans son volet relatif à la vie privée, à l'égard d'un requérant expulsé de Suisse à la suite d'une condamnation pour blanchiment d'argent dans le cadre d'un trafic de stupéfiants. La Cour commence par examiner la gravité de la condamnation du requérant et rappelle, à cet égard, qu'elle a toujours conçu que les autorités nationales fassent preuve d'une grande sévérité dans ce domaine. La Cour rappelle ensuite que le requérant a passé 24 ans en Suisse, d'abord au bénéfice d'une admission provisoire, puis durant l'examen de sa demande de séjour. Sa femme a demandé le divorce et ils se sont remariés trois ans plus tard, à savoir après sa condamnation pénale. Son épouse était donc au courant de ce fait et devait s'attendre à une expulsion du pays. Leurs deux enfants sont majeurs et au bénéfice de la nationalité suisse. Il est donc peu probable qu'ils suivent leur père en Albanie, mais les contacts pourraient de toute façon être maintenus par différents moyens de communication et des visites de sa famille (comme dans l'*affaire Shala*). Finalement, le requérant est arrivé en Suisse à l'âge de 29 ans. Il a fait sa scolarité, s'est marié et a eu son premier enfant en Albanie, ce qui laisse supposer qu'il pourrait s'y réintégrer. Dès lors, les autorités suisses n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation¹⁶¹³.

1063 Dans l'*affaire Salija c. Suisse*, la Cour considère qu'il n'y a pas violation de l'art. 8 CEDH à l'égard d'un requérant macédonien expulsé de Suisse à la suite d'une condamnation pour homicide par dol éventuel et violations des règles sur la circulation routière. En effet, eu égard à cette grave condamnation, aux liens du requérant avec son pays d'origine, au jeune âge de ses enfants, la Cour considère que les autorités suisses ont raisonnablement pris en compte les intérêts privés du requérant et les intérêts au maintien de l'ordre et de la sécurité public. En outre, l'interdiction d'entrée est limitée à sept ans, durée pendant laquelle sa femme et ses enfants sont venus vivre en partie avec lui en Macédoine. Ils ne sont retournés en Suisse que pour ne pas perdre leur autorisation

¹⁶¹² CourEDH, M.P.E.V et autres c. Suisse du 8 juillet 2014, requête n° 3910/13, par. 54-59.

¹⁶¹³ CourEDH, K.M. c. Suisse du 2 juin 2015, requête n° 6009/10, par. 54-62.

d'établissement. Dès lors, les autorités ont respecté leur marge d'appréciation¹⁶¹⁴.

Dans l'*affaire I.M. c. Suisse*, la Cour conclut à une violation procédurale de l'art. 8 CEDH car la dernière instance nationale de recours – en l'espèce le Tribunal administratif fédéral – n'a pas pris en compte tous les éléments pertinents (cf. N 1038-1042) pour se déterminer sur la proportionnalité de la mesure d'expulsion. En effet, il n'a examiné que la gravité de l'infraction commise, le risque de récidive et les difficultés en cas de retour au Kosovo. A contrario, il n'a pas pris en considération l'évolution du comportement du requérant depuis la commission de cette infraction, la conséquence de l'aggravation de l'état de santé du requérant sur le risque de récidive, les liens sociaux, culturels et familiaux avec la Suisse et le Kosovo ainsi que les circonstances du cas d'espèce, en particulier sur le plan médical. Il n'a pas non plus procédé à une analyse poussée des liens de dépendance avec ses enfants majeurs. Au vu de ce manque de motivation des instances nationales, aucune conclusion claire ne peut être tirée quant à savoir si les intérêts privés et familiaux du requérant à résider en Suisse l'emportent sur l'intérêt public au maintien de l'ordre public. La Cour conclut donc à une violation de l'art. 8 CEDH tout en précisant que le résultat, notamment au vu du principe de subsidiarité, aurait pu être différent si les autorités nationales avaient procédé à une mise en balance circonstanciée des intérêts en cause¹⁶¹⁵.

1064

d. En cas d'interdiction d'entrée sur le territoire

(i) *Les éléments à prendre en considération*

Un autre cas de figure nécessitant une pesée des intérêts est celui de la *décision interdisant l'entrée du territoire suisse* à la personne étrangère pour une certaine durée (art. 67 LEI). C'est en particulier la composante relative à la *durée* de l'interdiction d'entrée qui, pour que cette mesure soit valide, doit respecter le principe de la proportionnalité¹⁶¹⁶.

1065

L'interdiction d'entrée est généralement prononcée pour une durée maximale de *cinq ans*. Elle peut être prononcée pour une *plus longue durée* lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre

1066

¹⁶¹⁴ CourEDH, *Salija c. Suisse* du 10 janvier 2017, requête n° 55470/10, par. 44-55.

¹⁶¹⁵ CourEDH, *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, requête n° 23887/16, par. 74-79.

¹⁶¹⁶ SPESCHA ET AL. (2020), p. 344.

publics (art. 67 al. 3 LEI)¹⁶¹⁷. Ainsi, il existe trois paliers (selon la gravité de la menace) qui doivent être atteints pour pouvoir prononcer une interdiction d'entrée en Suisse¹⁶¹⁸ :

- « Palier I » : pour interdire l'entrée en Suisse d'un ressortissant d'un pays tiers pour une durée maximale de cinq ans, il suffit que celui-ci ait *attenté à la sécurité et à l'ordre publics* en Suisse ou à l'étranger ou les ait mis en danger (art. 67 al. 2 let. a LEI) ;
- « Palier I bis » : pour interdire l'entrée en Suisse d'un ressortissant qui peut se prévaloir de l'ALCP, l'autorité doit au préalable vérifier que ce dernier représente une *menace d'une certaine gravité* pour les ordre et sécurité publics, soit une menace qui dépasse la simple mise en danger de l'ordre public (art. 67 al. 2 let. a et al. 3 LEI cum 5 ann. I ALCP) ;
- « Palier II » : l'interdiction d'entrée peut être prononcée pour une durée supérieure à cinq ans, à condition que la personne concernée constitue une *menace grave* pour la sécurité et l'ordre publics (art. 67 al. 3 LEI).

1067 Dans l'examen du cas, le tribunal doit établir un *équilibre* entre l'intérêt public poursuivi par la mesure et les intérêts privés de la personne concernée qui sont affectés par la mesure. Dans cette pesée, celui-ci prend en considération le rang du bien juridique violé, les particularités du comportement contraire à l'ordre public et la situation personnelle de l'intéressé (en particulier, la durée du séjour en Suisse, l'intégration et la situation personnelle et familiale de la personne étrangère)¹⁶¹⁹.

(ii) *L'appréciation des tribunaux*

1068 L'*ATF 139 II 121* tranche la question de la possibilité de prononcer une interdiction d'entrée, au sens de l'art. 67 al. 2 let. a LEI, à l'égard d'une personne étrangère pouvant se prévaloir de l'ALCP. Une telle interdiction d'entrée est compatible avec l'art. 5 ann. I ALCP lorsque la personne étrangère représente une menace d'une certaine gravité pour l'ordre et la sécurité publique. À l'inverse, une personne ressortissante d'un pays tiers n'a pas besoin d'avoir porté

¹⁶¹⁷ Ces durées ont été reprises de l'art. 11 al. 2 Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (cf. ATF 139 II 121, consid. 6.2).

¹⁶¹⁸ ATF 139 II 121, consid. 6.

¹⁶¹⁹ ATAF 2016/33, consid. 9.3-9.4 ; 2014/20, consid. 8.1 et 2013/4, consid. 7.1.

atteinte de manière grave à l'ordre et la sécurité publics avant de pouvoir se voir interdire d'entrée en Suisse sur la base du seul art. 67 LETr¹⁶²⁰.

Dans l'*ATAF 2013/4*, le Tribunal administratif fédéral examine la proportionnalité d'une interdiction d'entrée illimitée (art. 67 al. 3 LEI). Si l'interdiction d'entrée n'est pas remise en cause sur le principe, au vu des différentes infractions commises par le recourant, c'est la durée de ladite interdiction qui est discutée et pour laquelle il procède à une pesée des intérêts en présence¹⁶²¹. Dans cette pesée des intérêts, il accorde un poids particulier à la situation familiale du recourant et à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il arrive à la conclusion qu'une interdiction d'entrée illimitée n'est pas adéquate (« *angemessen* ») par rapport à l'effet sur la vie familiale du recourant et que la réduction de la mesure à une durée de huit ans tient suffisamment compte de l'intérêt public à la sécurité et à l'ordre publics¹⁶²². Pour appuyer son argumentation, le Tribunal administratif fédéral se fonde, en outre, sur les jurisprudences récentes de la CourEDH dans des affaires rendues contre la Suisse¹⁶²³.

1069

Dans l'*ATAF 2014/20*, le Tribunal administratif fédéral procède à un changement de jurisprudence : les interdictions d'entrée doivent toujours être prononcées pour une durée déterminée. Cette durée peut, en cas de menace grave pour la sécurité et l'ordre public, aller jusqu'à 15 ans, voire 20 ans en cas de récidive. Pour fixer cette durée, il faut tenir compte du principe de la proportionnalité¹⁶²⁴.

1070

Dans cet arrêt, l'interdiction d'entrée constitue une restriction au droit à la vie familiale du recourant dont la femme, le premier et le second enfant à naître se trouvent en Suisse. Cet élément doit être pris en considération lors de la fixation de la durée de l'interdiction d'entrée¹⁶²⁵. En particulier, *l'intérêt supérieur de l'enfant* et son droit à grandir avec ses deux parents est une considération primordiale dans la pesée des intérêts relative à la durée de l'interdiction¹⁶²⁶. Au vu des différents intérêts en jeu, le Tribunal administratif fédéral fixe donc la durée de l'interdiction d'entrée à huit ans. Il précise encore que, dans la perspective de vouloir revenir vivre en Suisse à la fin de l'interdiction,

1071

¹⁶²⁰ ATF 139 II 121, consid. 5.4.

¹⁶²¹ ATAF 2013/4, consid. 7.4.2-7.4.4.

¹⁶²² ATAF 2013/4, consid. 7.4.6-7.5.

¹⁶²³ ATAF 2013/4, consid. 7.4.5 avec renvoi aux affaires CourEDH, *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête n°42034/04 ; *Emre c. Suisse* du 11 janvier 2012, requête n°5056/10 et *Kissiwa Koffi c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07 avec référence à l'opinion dissidente.

¹⁶²⁴ ATAF 2014/20, consid. 6.5-6.9 et 7.

¹⁶²⁵ ATAF 2014/20, consid. 8.3.5.

¹⁶²⁶ ATAF 2014/20, consid. 8.3.6-8.3.7.

il doit faire preuve d'une bonne conduite tant en Bosnie que lors de ses séjours en Suisse¹⁶²⁷.

- 1072 Dans l'*ATAF 2016/33*, le Tribunal administratif contrôle la proportionnalité d'une interdiction d'entrée de dix ans prononcée à l'égard d'une ressortissante italienne pour de multiples condamnations pour vol et infractions à loi sur les stupéfiants s'étendant sur une longue durée (de 1999 à 2011). Au vu de sa situation personnelle (sa fille étant en Suisse) et du fait que les infractions à la LStup ont surtout sanctionné sa consommation personnelle et non le trafic de produits stupéfiants, le Tribunal considère que l'interdiction d'entrée prononcée par le SEM n'est pas adéquate et qu'il convient de la limiter. La durée de sept ans apparaît ainsi proportionnée aux circonstances, au regard de l'ALCP et de l'art. 8 CEDH¹⁶²⁸. Cette durée de sept ans est énoncée dans le dernier paragraphe relatif à la proportionnalité, sans fournir plus de détails sur pourquoi cette durée-là a été retenue (plutôt qu'une durée de six, huit ou neuf ans ?) et comment elle a été fixée (échelle de durée, directives internes, comparaison avec d'autres cas ?).

e. Les autres cas relatifs à la proportionnalité d'une mesure

- 1073 Dans certains cas, le Tribunal fédéral s'est également penché sur la composante relative à la *nécessité* de la mesure prise par les autorités. Tel est le cas dans une affaire où l'autorité a placé en détention administrative, en vue d'un transfert Dublin, les membres d'une famille. Les deux parents ont été placés dans des centres séparés et les trois enfants mineurs en foyer, sans possibilité de communication entre eux¹⁶²⁹.
- 1074 En plaçant les enfants séparément de leurs parents, l'autorité a compromis l'unité de la famille. Ce faisant, elle leur a conféré le statut de mineur non accompagné et a rendu le regroupement familial avec leur famille proche impossible, contrairement à ses obligations découlant de l'art. 8 CEDH. Une telle mesure n'est possible que si elle est prévue par la loi et représente un intérêt public prépondérant (art. 8 par. 2 CEDH). Dans cette mise en balance, l'intérêt supérieur de l'enfant revêt un intérêt capital. Dès lors, une ingérence dans le droit à la vie familiale n'est proportionnée que si elle intervient comme *ultima ratio* et après un examen approfondi des autres mesures moins incisives¹⁶³⁰.

¹⁶²⁷ ATAF 2014/20, consid. 8.4.

¹⁶²⁸ ATAF 2016/33, consid. 9.4.

¹⁶²⁹ ATF 143 I 437.

¹⁶³⁰ ATF 143 I 437, consid. 4.2.

Tel n'a pas été le cas en l'espèce et la mesure n'est donc pas proportionnée au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH¹⁶³¹.

C. L'art. 8 CEDH à l'aune de la marge de manœuvre des autorités

1. Les différents développements en lien avec l'art. 8 CEDH

La richesse de la casuistique relative à l'art. 8 CEDH nous permet de mettre en lumière les liens entre celle-ci et la *marge de manœuvre des autorités*. À cet égard, nous avons développé trois axes d'examen. 1075

D'abord, en reconnaissant des droits tirés de l'art. 8 CEDH aux personnes requérantes, cela *limite*, dans la même mesure, la marge de manœuvre des autorités migratoires. Nous y revenons dans le point 2 de cette mise en perspective. 1076

Ensuite, les instances de recours, en étendant le champ d'application de l'art. 8 CEDH, font preuve d'une *interprétation créatrice* de cet article. C'est cet aspect que nous allons développer dans le point 3. 1077

Enfin, les autorités sont également au bénéfice d'une certaine *marge de manœuvre* – ou selon la formulation de la CourEDH, une marge d'appréciation (N 967) – pour procéder à *la pesée des intérêts*. Nous y revenons dans le point 4. 1078

2. La limitation de la marge de manœuvre

En examinant les arrêts relatifs à l'application de l'art. 8 CEDH, il est apparu que certains développements de la jurisprudence ont pour *conséquence de limiter la marge de manœuvre* des autorités en se référant à certaines durées (« seuils quantitatifs »). 1079

Tel est le cas de l'ATF 144 I 266. Dans celui-ci, le Tribunal fédéral pose une *présomption* d'une certaine intégration après un *séjour de dix ans* – qui correspond à la durée après laquelle il est possible de demander une autorisation d'établissement¹⁶³² – permettant de fonder un droit de séjour sur le droit à la vie privée. Cette présomption limite ainsi le pouvoir d'appréciation des autorités migratoires car, une fois cette durée atteinte, elles ne peuvent mettre fin au séjour qu'en présence de motifs sérieux (N 991). 1080

¹⁶³¹ ATF 143 I 437, consid. 4.3.

¹⁶³² Art. 34 al. 2 let. a LEI.

- 1081 Tel est également le cas avec *les paliers de dangerosité* concernant la durée de l'interdiction d'entrée en Suisse (art. 67 LEI et art. 5 ann. I ALCP). Une interdiction d'entrée d'une durée de cinq ans au maximum peut être prononcée à l'égard d'une personne ressortissante d'un Etat tiers qui met en danger ou porte atteinte à la sécurité et l'ordre public (palier I). Concernant une personne pouvant se prévaloir de l'ALCP, il faut que la menace atteigne une certaine gravité (palier I bis). Enfin, la menace doit être grave pour que l'interdiction d'entrée puisse être prononcée pour une durée supérieure à cinq ans (palier II ; N 1066). Ainsi, dans cette procédure, le Tribunal fédéral – par le biais de paliers – pose un cadre à l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités, même si celles-ci sont toujours au bénéfice d'une certaine latitude de jugement pour interpréter la gravité de la menace¹⁶³³.
- 1082 Une autre manière de limiter la marge de manœuvre des autorités est de définir des *principes directeurs* fixant les critères devant être pris en compte dans l'examen de chaque cas. C'est ce qu'a fait la CourEDH, dans l'affaire *Boultif c. Suisse*, lorsqu'il s'agit d'examiner si une mesure est nécessaire dans une société démocratique lorsque la personne a commis une ou plusieurs infractions pénales (cf. art. 8 par. 2 CEDH). Le Tribunal fédéral a repris ces principes directeurs dans sa jurisprudence (N 1038-1039).

3. L'extension du champ d'application

- 1083 L'art. 8 CEDH, comme d'autres droits fondamentaux et principes généraux du droit, a une *faible densité normative*. Cela lui confère un contenu très ouvert, susceptible de s'adapter à de nombreux cas de figure pouvant se présenter (N 290-291). Cette ouverture est nécessaire pour s'adapter à l'évolution de la société. D'ailleurs, la CEDH est un « instrument vivant » et la CourEDH en fait une interprétation dynamique en adéquation avec le contexte dans lequel elle rend sa décision (N 578)¹⁶³⁴.
- 1084 Le Conseil de l'Europe lui-même reconnaît que « par sa jurisprudence, la Cour a élargi les droits énoncés par la Convention, si bien que ses dispositions s'appliquent aujourd'hui à des situations totalement imprévisibles et inimaginables à l'époque de son adoption, telles les questions liées aux nouvelles technologies, à la bioéthique ou à l'environnement. La Convention s'applique

¹⁶³³ Cf. ATF 139 II 121, consid. 6.

¹⁶³⁴ NUSSBERGER (2020), p. 77 et RENUCCI (2021), p. 18.

également à des questions sociétales ou sensibles pouvant avoir trait, par exemple, à des problématiques liées au terrorisme ou aux migrants »¹⁶³⁵.

Ces deux phrases résument bien notre propos quant à l'application « à des situations totalement *imprévisibles* et *inimaginable* à l'époque de son adoption ». D'ailleurs, cette interprétation extensive, à des situations non initialement prévues, a valu à la CourEDH que l'on qualifie parfois ses jurisprudences d'« activisme judiciaire », cette connotation étant plutôt négative et utilisée pour qualifier des jugements où certains ont considéré que la Cour était allée trop loin dans son raisonnement (N 564 et 580). Bien que pas formulé de la même manière, cette constatation a aussi été énoncée à l'égard de certaines jurisprudences des Cours fédérales. 1085

Tel est en particulier le cas de l'arrêt du Tribunal fédéral (ATF 144 I 266) reconnaissant une présomption d'une certaine intégration après un séjour de dix ans, permettant ainsi à la personne étrangère de se prévaloir d'un droit de séjour fondé sur le respect à la vie privée (N 988ss). Cet arrêt donne une place plus importante au droit à la vie privée, en le reconnaissant après une certaine durée du séjour en Suisse¹⁶³⁶. 1086

Cette jurisprudence a ensuite été utilisée comme base pour reconnaître un droit de séjour durable sur la base de la CEDH à une personne au bénéfice d'un permis B en Suisse depuis plus de 20 ans (ATF 146 I 185). La décision concernant ce dernier arrêt a été prise, lors d'une délibération publique, à trois juges contre deux et où la minorité a accusé la majorité de se prendre pour le législateur¹⁶³⁷. Cependant, si la reconnaissance de ce droit diminue le pouvoir d'appréciation des autorités migratoires, elle a comme effet d'ouvrir l'accès au Tribunal fédéral. En outre, ce dernier a expressément précisé que les conditions du regroupement familial devaient être remplies et que ce droit ne pouvait servir à contourner les dispositions du droit interne (N 984 et 982). 1087

Le développement du volet relatif au regroupement familial montre également l'évolution du droit pour être *en adéquation avec la société*. En effet, il a fallu s'adapter à l'évolution de la conception de famille qui ne correspond plus (forcément) à la conception traditionnelle d'un couple (homme-femme) de parents et des enfants¹⁶³⁸. C'est pourquoi la jurisprudence a évolué pour reconnaître notamment le regroupement familial partiel (N 1008ss) ainsi que le 1088

¹⁶³⁵ Conseil de l'Europe, La Convention européenne des droits de l'homme – Un instrument vivant, septembre 2020, p. 7 (https://echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_FRA.pdf).

¹⁶³⁶ SCHLEGEL (2020), p. 43.

¹⁶³⁷ SPESCHA (2020), N 22.

¹⁶³⁸ NUSSBERGER (2020), p. 77.

regroupement familial inversé (N 1015ss). Dans certaines jurisprudences, la CourEDH s'est basée sur le critère de l'effectivité de la relation qui permet de prendre en compte les « liens familiaux *de facto* »¹⁶³⁹.

4. La pesée des intérêts

a. La marge de manœuvre des autorités dans la pesée des intérêts

- 1089 Le champ d'application du principe de la proportionnalité est très large. Dès lors, il ne fournit que des limites relatives pour encadrer la prise de décision de l'autorité. Il laisse ainsi une marge de manœuvre tant aux autorités administratives que judiciaires (N 256-257). Cependant, après examen de la jurisprudence, il apparaît que les instances judiciaires nationales *ne s'imposent pas de retenue* – en tout cas pas une qui soit expressément mentionnée – lors de la pesée des intérêts.
- 1090 Les instances de recours bénéficient donc d'une certaine marge de manœuvre en particulier lors de la pesée des intérêts qui s'exprime à travers les *éléments pris en considération et leur pondération respective*¹⁶⁴⁰. Comme nous le verrons, cette marge de manœuvre fait émerger la subjectivité du processus de la pesée des intérêts (cf. *infra* N 1107).
- 1091 La CourEDH reconnaît expressément *une marge d'appréciation aux Etats* pour se prononcer sur la nécessité, dans une société démocratique, d'une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé par l'art. 8 CEDH et sur la proportionnalité de la mesure en question au but légitime poursuivi. Dès lors, dans ce contexte et eu égard au principe de subsidiarité, elle déclare une violation de l'art. 8 CEDH seulement lorsque l'Etat a excédé sa marge d'appréciation. Cependant, elle rappelle également que malgré cette marge, son rôle est de vérifier si les mesures litigieuses ménagent un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir entre les droits de la personne intéressée protégés par le CEDH et ceux de la société (cf. N 591)¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁹ CourEDH, X., Y. et Z. c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, requête n° 21830/93, par. 37 ; RENUCCI (2021), p. 308.

¹⁶⁴⁰ VILLIGER (2020), N 694.

¹⁶⁴¹ Par exemple, CourEDH, Hasanbasic c. Suisse du 11 juin 2013, requête n° 52166/09, par. 56.

b. Les différents éléments à prendre en considération

La pesée des intérêts est prévue par l'art. 8 par. 2 CEDH dans les cas où il faut se prononcer sur la proportionnalité de l'ingérence à un droit protégé. Dans ces cas, les instances de recours vont mettre en balance, d'une part, les intérêts privés à l'octroi ou à la prolongation d'une autorisation et, d'autre part, les intérêts publics à refuser ce droit (N 1026). La jurisprudence énonce plusieurs critères devant guider l'examen des autorités (N 1002, 1030 et 1038). 1092

Les *intérêts publics* suivants sont reconnus comme légitimes : plusieurs intérêts comme le bien-être économique du pays, et le maintien de l'ordre et la sécurité publics ainsi que la prévention des infractions pénales ressortent directement du texte de la Convention (art. 8 par. 2 CEDH), quant à l'intérêt public à la gestion de l'immigration, il est déduit de la jurisprudence (N 1055). A cet égard, le Tribunal fédéral précise que, dans certains cas, l'intérêt public à la poursuite d'une politique migratoire restrictive n'est pas suffisant et qu'il faut que soit présent un autre intérêt comme la protection de l'ordre et la sécurité public par exemple (N 1027). 1093

Bien que nous l'ayons vu plus en détail en lien avec l'éloignement des personnes étrangères et donc le volet relatif aux obligations négatives de l'Etat, il faut relever qu'une pesée des intérêts a également lieu en présence des obligations positives de ce dernier, à savoir lorsqu'il s'agit de permettre le regroupement familial (N 1003). 1094

Pour chaque cas de figure (regroupement familial partiel ou inversé, vie privée, éloignement), les éléments dont les autorités doivent tenir compte et leur poids respectif varient. La casuistique abondante relative à la pesée des intérêts (cf. point II. B.) nous a permis d'examiner plus en détail comment étaient mis en œuvre ces différents intérêts. Plusieurs constats ressortent de cet examen. 1095

Dans chaque cas où une pesée des intérêts est nécessaire, celle-ci doit être globale et tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. En effet, les différents éléments pris en considération et le poids à leur accorder varie d'un cas à l'autre (cf. N 260). Cependant, certaines tendances apparaissent. 1096

Premièrement, dans les cas d'éloignement à la suite d'une infraction pénale, les instances de contrôle commencent par examiner la nature et la gravité de l'infraction. À cet égard, elles accordent une attention particulière au fait de savoir s'il s'agit de criminalité juvénile ou s'il y a eu récidive ainsi qu'à la nature de l'infraction ; les condamnations pour trafic de drogue étant, par exemple, punies sévèrement (N 1045-1047 et 1056). Quant à la durée du séjour, plusieurs éléments sont examinés : quand la personne est arrivée en Suisse (l'arrivée en tant qu'enfant ayant plus de poids dans la balance) et quel 1097

était son titre de séjour (un séjour illégal ou précaire ayant moins de poids qu'un séjour avec un titre durable ; N 1051). L'*intégration* dans le pays d'accueil et les liens restant avec le pays d'origine (niveau de langue, présence de membres de la famille) sont aussi des éléments importants (cf. N 1045 et 1049).

- 1098 Deuxièmement, les instances de recours examinent les circonstances particulières de chaque cas d'espèce ; elles tiennent en particulier compte des éventuels *problèmes de santé* des personnes requérantes et des possibilités de traitement dans le pays d'origine (N 1049, 1058, 1061 et 1064). Les autres éléments – en particulier ceux mentionnés dans l'affaire Üner (N 1038) – sont revus moins systématiquement, en fonction de l'état de fait du cas examiné.
- 1099 Troisièmement, que l'on soit en présence d'une demande de regroupement familial (N 1013 et 1015), d'éloignement d'une personne au bénéfice d'un droit de visite (N 1031) ou ayant commis une infraction pénale (N 930) ou encore d'une interdiction d'entrée (N 1071), l'*intérêt supérieur de l'enfant* est un élément primordial à prendre en considération. Dans plusieurs affaires, outre l'art. 8 CEDH, il est également fait mention de la CDE à l'appui de cet argument. D'ailleurs, dans les affaires El Ghatet (N 1007) et M.P.E.V. et autres (N 1061), la CourEDH a reconnu une violation de l'art. 8 CEDH notamment car elle a considéré que les autorités suisses n'avaient pas accordé assez de poids à l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est également pour permettre une meilleure prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant que la jurisprudence a évolué et admet le regroupement familial inversé (N 1015). À cet égard, il occupe une importance croissante, notamment sous l'angle nécessaire de la coordination entre les règles de droit civil régissant la prise en charge de l'enfant et les aspects liés au séjour comme dans l'affaire Polidario (N 1024)¹⁶⁴².
- 1100 Finalement, nous constatons, à la lecture des arrêts, que l'approche des instances examinées est très *casuistique* et suivant les arrêts, elles n'explicitent pas clairement quel est le critère examiné ou ne les examinent pas tous systématiquement. Dès lors, il apparaît inapproprié de tirer des conclusions définitives sur le fait de donner plus de poids à un élément ou l'autre. En effet, il semble préférable, en particulier au vu de l'importance de la mise en balance des circonstances de chaque cas d'espèce, d'éviter tout schématisme dans cet examen. Cet élément est illustré dans les paragraphes suivants où l'on traite de cas avec des états de faits similaires mais dont les résultats divergent.

¹⁶⁴² Arrêts du TAF F-2371/2019 du 27 janvier 2021, consid. 7.7.6 et F-4884/2017 du 19 novembre 2019, consid. 8.1.

c. Les divergences de résultats

Dans notre analyse, nous avons remarqué que, pour certains arrêts dont les états de fait sont proches, les instances de recours étaient arrivées, à l'issue de la pesée des intérêts, à des *résultats divergents*. 1101

Tel est le cas des *ATF 139 I 16* et *139 I 31* (N 1046 et 1047). Ces deux arrêts concernent la révocation de l'autorisation d'établissement de deux ressortissants macédoniens, arrivés enfants en Suisse. Les intéressés sont condamnés à un jeune âge à une peine privative de liberté de respectivement 18 et 24 mois pour trafic de drogue. Les deux sont fiancés et ont la majorité de leur famille en Suisse. Cependant, le Tribunal fédéral considère que le premier est un peu mieux intégré (il travaille comme peintre) et a déployé une moins grande « énergie criminelle » que le second. En outre, il considère que le second peut entretenir les liens avec sa famille en Suisse par le biais des nouvelles technologies. Dès lors, il admet le recours du premier alors qu'il rejette le recours du second. 1102

Ces deux arrêts sont rendus le même jour et il est fait référence au premier dans le second. On peut donc en déduire que le Tribunal fédéral a « coordonné » sa prise de décision dans ces deux cas. Toutefois, à leur lecture, il apparaît difficile de savoir quels sont les éléments qui ont fait pencher la balance. Est-ce la différence dans la durée de la peine, le degré de participation dans l'infraction, l'intégration en Suisse ou un cumul de plusieurs éléments ? 1103

Un autre exemple frappant exprimant la marge de manœuvre lors de la pesée des intérêts est la différence d'appréciation opérée par la CourEDH dans les *affaires Kissiwa Koffi* et *Udeh* (N 1053 et 1056). En effet, la Cour examine la proportionnalité d'une mesure touchant à la vie familiale des requérants, dans deux cas présentant des états de faits similaires et auxquels sont appliqués les mêmes principes juridiques : les deux ont un (ou deux) enfant(s) suisse(s), ont passé quelques années dans ce pays et ont été condamnés à une peine – et non de nombreuses peines comme dans l'affaire Emre – assez importante pour trafic de drogue, ce que la jurisprudence, tant du Tribunal fédéral que de la CourEDH, punit sévèrement. 1104

La Cour constate une violation de l'art. 8 CEDH dans l'arrêt *Udeh* et une non-violation dans l'arrêt *Kissiwa Koffi*. Or, dans la seconde affaire la requérante est encore mariée à un ressortissant suisse et fait l'objet d'une interdiction d'entrée illimitée alors que chez *Udeh*, le requérant est divorcé, n'est au bénéfice que d'un droit de visite et que son interdiction d'entrée est d'une durée de dix ans. Concernant ce dernier élément, la Cour procède au raisonnement inverse dans les deux arrêts : chez *Kissiwa Koffi*, elle considère que la possibilité de demander une suspension temporaire pour rendre visite à son enfant et son 1105

mari est suffisante sous l'angle de l'art. 8 CEDH¹⁶⁴³ alors que chez Udeh, elle déclare que, malgré la possibilité d'une suspension temporaire, cette dernière ne saurait en aucun cas être considérée comme pouvant remplacer le droit des requérants à pouvoir vivre ensemble, ce qui constitue un des aspects fondamentaux du droit au respect de la vie familiale¹⁶⁴⁴.

- 1106 Dès lors, à la lecture de ces deux arrêts, il apparaît difficile d'identifier les éléments qui ont eu un poids prépondérant, ni la différence d'appréciation concernant l'éloignement par rapport à la famille présente en Suisse. Cela est accentué par le fait que ces deux affaires contiennent des opinions dissidentes (N 1054 et 1057). D'ailleurs, la possibilité pour le SEM d'ordonner des interdictions d'entrée pour une durée indéterminée a été supprimée à la suite d'un arrêt de principe du Tribunal administratif fédéral en 2014, notamment eu égard au principe de la proportionnalité¹⁶⁴⁵.
- 1107 Ces deux exemples soulignent la part de *subjectivité* dans le processus de la pesée des intérêts. En effet, des éléments comme l'« énergie criminelle » sont difficiles à quantifier et laissent ainsi une marge de manœuvre importante aux autorités dans la place et le poids qu'elles décident de lui accorder. Cette constatation rejoint ce que nous avons développé concernant le principe de proportionnalité, à savoir qu'il y avait une part de subjectivité liée au système de valeurs de la personne qui l'applique (N 254 et 263).
- 1108 Enfin, et bien que l'approche soit casuistique et qu'il faille éviter les généralités (N 1100), les différences d'appréciation interrogent sur le respect du principe de l'égalité de traitement entre les différentes affaires. Cette différence a également pour conséquence de donner une certaine *imprévisibilité* quant au résultat à attendre du jugement et donc un manque de sécurité du droit, en particulier dans les cas limites où les intérêts opposés s'équilibrent.

D. Une synthèse intermédiaire

- 1109 Dans le domaine du droit des personnes étrangères, l'art. 8 CEDH garantit le *respect de la vie privée et familiale* de chacun. Le droit à la vie familiale implique pour l'Etat le respect de garanties négative de ne pas commettre d'ingérence arbitraire et positive d'adopter, si nécessaire, des mesures permettant de faciliter l'exercice effectif des droits (N 955). La garantie de la vie privée a un champ d'application plus diffus et comporte plusieurs facettes comme le

¹⁶⁴³ CourEDH, Kissiwa Koffi c. Suisse du 15 novembre 2012, requête n° 38005/07, par. 70.

¹⁶⁴⁴ CourEDH, Udeh c. Suisse du 16 avril 2013, requête n° 12020/09, par. 53.

¹⁶⁴⁵ ATAF 2014/20.

respect de l'intégrité physique et morale ou l'identité sociale de la personne (N 956).

Cependant, l'art. 8 CEDH n'accorde pas une protection absolue et une *ingérence* y est possible si elle répond aux conditions prévues par son paragraphe 2 (N 964). Pour être compatible avec la CEDH, celle-ci doit être prévue par une base légale, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique. C'est en lien avec ce dernier aspect qu'intervient la pesée des intérêts (N 965). 1110

Comme nous l'avons vu, la *jurisprudence* relative à l'art. 8 CEDH est *très riche*. Les instances de contrôle se sont penchées sur des questions procédurales (moment de la procédure à prendre en considération pour l'âge de l'enfant ; N 995ss), sur la possibilité de fonder un droit de présence en se prévalant uniquement du droit à la vie privée (N 988ss) et sur différents aspects liés au regroupement familial (regroupement familial partiel et inversé ; N 1008ss). Enfin, elles procèdent également souvent à une pesée des intérêts que ce soit dans le cadre de l'éloignement d'un parent au bénéfice du droit de visite (N 1029ss) ou ayant commis des infractions pénales (N 1036ss) ou encore lors du prononcé d'une interdiction d'entrée (N 1065ss). 1111

Cette analyse de l'art. 8 CEDH nous a permis de mettre en lumière les liens avec la thématique de *la marge de manœuvre* et cela, sur trois axes différents. 1112

Premièrement, il y a une *limitation du pouvoir d'appréciation* lorsque sont posés certains seuils quantitatifs. Tel est le cas de la présomption posée par le Tribunal fédéral d'une certaine intégration après un séjour de dix ans permettant de se prévaloir d'un droit à la vie privée (N 1080). Il en va de même des paliers de dangerosité qui, s'ils sont atteints, permettent de prononcer une interdiction d'entrée d'une certaine durée (N 1081). Il y a également une limitation du pouvoir d'appréciation lorsque sont définis des principes directeurs guidant l'examen des autorités (N 1082). 1113

Deuxièmement, la texture ouverte de l'art. 8 CEDH a permis d'en faire une *interprétation extensive* en déduisant de nouveaux droits et ainsi de s'adapter à l'évolution de la société (N 1086-1088). 1114

Troisièmement, les autorités sont également au bénéfice d'une *marge de manœuvre dans la pesée des intérêts*, en particulier dans le poids à donner à chaque élément dans le cas d'espèce (N 1090). Étant de nature éminemment casuistique, il est difficile de procéder à des généralisations concernant cette opération. Dans cette analyse, nous avons également relevé certains cas de figure où les résultats divergent malgré des états de faits similaires. Cela met en lumière la part de subjectivité présente lors de pesée des intérêts, en particulier avec les cas limites (N 1108). 1115

III. Le pouvoir d'examen des tribunaux fédéraux dans la procédure de naturalisation ordinaire

1116 Après quelques généralités sur le droit de la nationalité (point A.), nous abordons la casuistique relative à la naturalisation ordinaire (point B.). Puis, nous proposons une mise en perspective de la décision de naturalisation en lien avec la marge de manœuvre des autorités (point C.). Enfin, nous formulons une synthèse intermédiaire (point D.).

A. Quelques généralités

1. La loi sur la nationalité suisse

1117 L'ancienne loi sur la nationalité, ayant elle-même remplacé la loi sur la naturalisation des étrangers et la renonciation à la nationalité suisse du 25 juin 1903¹⁶⁴⁶, datait du 29 septembre 1952¹⁶⁴⁷. Au 1^{er} janvier 2018, entre en vigueur une nouvelle loi sur la nationalité, résultat d'une révision totale de la loi de 1952. Selon le message du Conseil fédéral, cette *révision* était nécessaire principalement pour simplifier et harmoniser les procédures de naturalisation et pour adapter la notion d'intégration à celle prévue par le droit des personnes étrangères (LEI et LAsi) ainsi que d'introduire de nouveaux éléments (notamment posséder une autorisation d'établissement lors de la demande)¹⁶⁴⁸.

1118 Contrairement aux autres domaines du droit des personnes étrangères, qui sont principalement régis au niveau fédéral (art. 121 al. 1 Cst.), en droit de la nationalité, la Confédération édicte seulement des *dispositions minimales* sur la naturalisation (art. 38 al. 2 Cst.). Dès lors, les cantons sont les premiers responsables de la naturalisation ordinaire¹⁶⁴⁹. Le droit cantonal règle la procédure aux échelons cantonal et communal (art. 15 al. 1 LN).

1119 Dans cette procédure, les autorités compétentes doivent respecter les droits fondamentaux et contribuer à leur réalisation (art. 35 al. 2 Cst.)¹⁶⁵⁰. À cet

¹⁶⁴⁶ Loi fédérale sur la naturalisation des étrangers et la renonciation à la nationalité suisse du 25 juin 1903, RO 19 652.

¹⁶⁴⁷ Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse du 29 septembre 1952 (Loi sur la nationalité, LN), RO 1952 1115.

¹⁶⁴⁸ Message du Conseil fédéral du 4 mars 2011 concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (Loi sur la nationalité, LN), FF 2011 2639, 2640.

¹⁶⁴⁹ Arrêt du TAF C-4132/2012 du 30 janvier 2015, consid. 3.2 (non publié in ATAF 2015/1).

¹⁶⁵⁰ ATF 138 I 305, consid. 1.4.5 ; CARONI ET AL. (2018), p. 544.

égard, le principe de l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.) est particulièrement important¹⁶⁵¹.

2. La procédure de naturalisation ordinaire

a. Le déroulement de la procédure

La procédure de naturalisation ordinaire se déroule en plusieurs étapes et à différents échelons de l'Etat (communes, cantons, Confédération)¹⁶⁵². La personne étrangère qui désire se faire naturaliser doit déposer une *demande de naturalisation ordinaire* auprès de l'autorité compétente désignée par le droit cantonal (art. 13 al. 1 LN). Cette demande est examinée par le canton et, si le droit cantonal le prévoit, la commune (art. 13 al. 2 LN). 1120

À cet effet, les autorités cantonales voire communales examinent si *les conditions formelles et matérielles* relatives à la naturalisation ordinaire sont remplies. À l'issue de cet examen, elles rendent un préavis favorable, si les conditions sont remplies, ou défavorable, si elles ne le sont pas¹⁶⁵³. 1121

En cas de préavis *favorable*, les autorités transmettent, au terme de l'examen cantonal, la demande de naturalisation et le rapport d'enquête au SEM (art. 13 al. 2 LN)¹⁶⁵⁴. 1122

En cas de préavis *défavorable*, l'autorité cantonale – ou communale – rend une décision négative, rejetant la demande de naturalisation, qui doit être motivée (art. 16 LN). Cette décision peut être attaquée devant un tribunal cantonal de dernière instance (art. 46 LN). La décision cantonale de dernière instance peut ensuite être attaquée devant le Tribunal fédéral par la voie du recours constitutionnel subsidiaire¹⁶⁵⁵ ; la naturalisation ordinaire faisant partie du catalogue d'irrecevabilité du recours en matière de droit public (art. 83 let. b LTF)¹⁶⁵⁶. 1123

Une fois le *dossier au SEM*, ce dernier procède également à un examen des conditions formelles et matérielles de la demande. En pratique, son contrôle porte en particulier sur le respect de la sûreté intérieure et extérieure de la 1124

¹⁶⁵¹ Cf. *infra* point III. B. 4. sur l'interdiction des discriminations.

¹⁶⁵² ATF 138 I 305, consid. 1.4.3.

¹⁶⁵³ SEM, Manuel Nationalité pour les demandes dès le 1.1.2018, Chapitre 3 : Naturalisation ordinaire, p. 69 ; CARONI ET AL. (2018), p. 537.

¹⁶⁵⁴ SEM, Manuel Nationalité pour les demandes dès le 1.1.2018, Chapitre 3 : Naturalisation ordinaire, p. 69.

¹⁶⁵⁵ Art. 47 LN et 113 ss LTF.

¹⁶⁵⁶ SEM, Manuel Nationalité pour les demandes dès le 1.1.2018, Chapitre 3 : Naturalisation ordinaire, p. 70.

Suisse ainsi que la sécurité et l'ordre publics. En effet, les cantons et les communes sont mieux à même de vérifier l'intégration et l'adaptation au mode de vie et usages suisses¹⁶⁵⁷. Si les conditions sont remplies, le SEM délivre la décision (autorisation fédérale de naturalisation) au canton qui est en charge de la procédure de naturalisation¹⁶⁵⁸.

- 1125 Avant de rendre la décision, le canton procède encore à un examen des conditions. Il consulte en particulier le casier judiciaire et réexamine également la question de la participation à la vie économique ou de l'acquisition d'une formation si la naturalisation ne peut avoir lieu dans les six mois suivant l'octroi de l'autorisation fédérale de naturalisation (art. 13 al. 1 et 2 Ordonnance sur la nationalité [OLN]¹⁶⁵⁹). Si ces dernières sont remplies, il rend une décision accordant la nationalité suisse. Celle-ci est acquise lors de l'entrée en force de la décision cantonale de naturalisation (art. 14 al. 3 LN).
- 1126 Si, après avoir procédé au dernier examen de la demande, le *canton refuse d'octroyer* la naturalisation, il rend une décision formelle de refus qui doit être motivée et indiquer les voies de droit. Cette décision négative peut être rendue, même après avoir reçu l'autorisation fédérale, si le canton apprend des faits qui l'auraient empêché de rendre un préavis favorable (art. 14 al. 2 LN). Celle-ci peut faire l'objet d'un recours devant une autorité cantonale de dernière instance, puis devant le Tribunal fédéral (aux mêmes conditions que N 1122)¹⁶⁶⁰.
- 1127 Si le *SEM* prévoit de *refuser d'octroyer* l'autorisation fédérale de naturalisation, il donne la possibilité à la personne requérante de se prononcer par écrit et en informe l'autorité cantonale compétente¹⁶⁶¹. Si les conditions ne sont pas remplies, il refuse d'octroyer l'autorisation fédérale. Son refus doit être motivé (art. 16 LN). Cette décision peut être attaquée par la personne requérante, le canton ou la commune (art. 47 al. 2 LN) devant le Tribunal administratif fédéral¹⁶⁶². La possibilité d'un recours subséquent auprès du Tribunal fédéral n'est pas claire et dépend de la qualification donnée à la décision du SEM dans cette procédure¹⁶⁶³.

¹⁶⁵⁷ Arrêt du TAF F-349/2016 du mai 2019, consid. 5.2.

¹⁶⁵⁸ SEM, Manuel Nationalité pour les demandes dès le 1.1.2018, Chapitre 3 : Naturalisation ordinaire, p. 71.

¹⁶⁵⁹ Ordonnance sur la nationalité suisse du 17 juin 2016, RS 141.01.

¹⁶⁶⁰ SEM, Manuel Nationalité pour les demandes dès le 1.1.2018, Chapitre 3 : Naturalisation ordinaire, p. 73.

¹⁶⁶¹ SEM, Manuel Nationalité pour les demandes dès le 1.1.2018, Chapitre 3 : Naturalisation ordinaire, p. 72.

¹⁶⁶² UEBERSAX/PETRY (2016), p. 35.

¹⁶⁶³ UEBERSAX/PETRY (2016), p. 36-37.

b. Les conditions formelles et matérielles

Plusieurs conditions – formelles et matérielles – doivent être remplies pour que la personne étrangère puisse obtenir la naturalisation ordinaire. Ces conditions sont d'abord examinées par les autorités communale et cantonale, puis par le SEM, puis une dernière fois par le canton (N 1120-1127). 1128

Les *conditions formelles* sont prévues par l'art. 9 LN. Cet article prévoit deux conditions : 1129

- premièrement, au moment du dépôt de la demande, la personne requérante doit être *titulaire d'une autorisation d'établissement* (al. 1, let. a) ; et
- secondement, elle doit apporter la preuve qu'elle a séjourné en Suisse pendant *dix ans en tout*, dont trois sur les cinq ayant précédé le dépôt de la demande (al. 1, let. b).

Les *conditions matérielles* sont prévues par les art. 11 et 12 LN et détaillées aux art. 2 à 9 de l'OLN. Ces articles prévoient, trois conditions : 1130

- premièrement, la personne requérante est au bénéfice d'une *intégration* réussie (art. 11 let. a LN). À cet égard, plusieurs critères doivent être remplis : le respect de la sécurité et de l'ordre publics ; le respect des valeurs de la Constitution ; l'aptitude à communiquer au quotidien dans une langue nationale, à l'oral et à l'écrit ; la participation à la vie économique et l'encouragement et le soutien de l'intégration du conjoint, du partenaire enregistré ou des enfants mineurs sur lesquels est exercé l'autorité parentale (art. 12 al. 1 LN) ;
- deuxièmement, la personne requérante s'est *familiarisée avec les conditions de vie en Suisse* (art. 11 let. b LN) ;
- troisièmement, elle ne met pas en danger la *sûreté intérieure ou extérieure* de la Suisse (art. 11 let. c LN).

L'intégration constitue une *notion transversale*¹⁶⁶⁴ et *centrale* en droit des personnes étrangères¹⁶⁶⁵. La naturalisation est la consécration du parcours migratoire ; elle atteste d'une intégration réussie¹⁶⁶⁶. Précisons à cet égard, que si les 1131

¹⁶⁶⁴ Elle joue aussi un rôle important dans le régime de la LEI qui lui consacre un chapitre entier, cf. art. 4 et 53ss LEI.

¹⁶⁶⁵ DI DONATO/MAHON (2020), Définir l'intégration : significations légales actuelles, in : La fabrique de l'intégration, p. 107.

¹⁶⁶⁶ DI DONATO/MAHON (2020), Définir l'intégration : significations légales actuelles, in : La fabrique de l'intégration, p. 115 ; GUTZWILLER (2016), p. 29-30 ; SOW DIEYLA/MAHON

différents critères prévus à l'art. 12 al. 1 LN sont cumulatifs, ils ne sont pas exhaustifs¹⁶⁶⁷. En effet, pour tenir compte de la structure fédéraliste de la Suisse, il est prévu que les cantons (voire les communes) puissent exiger d'autres critères d'intégration (art. 12 al. 3 LN). Cependant, ce faisant, ils doivent respecter le droit supérieur, en particulier les droits constitutionnels, et ne pas entraver l'application du droit fédéral en posant des exigences qui compliqueraient inutilement la naturalisation¹⁶⁶⁸.

c. Les dispositions procédurales spéciales

(i) *La motivation de la décision*

- 1132 L'obligation de motiver la décision est explicitement prévue par l'art. 16 LN qui a été repris de l'art. 15b aLN, disposition entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. L'alinéa 1 prévoit que *tout rejet* d'une décision de naturalisation *doit être motivé*. Il constitue ainsi une concrétisation des garanties générales de procédure (art. 29 Cst.)¹⁶⁶⁹. Dès lors, si cet article n'accorde pas un droit à la naturalisation, il vise à mieux faire respecter les droits fondamentaux des personnes concernées et rendre une décision exempte d'arbitraire¹⁶⁷⁰. En effet, cette exigence de motivation a pour conséquence de fournir une position juridique suffisamment claire aux personnes concernées, leur permettant de se prévaloir notamment de l'interdiction de l'arbitraire et d'une violation du principe de l'égalité de traitement¹⁶⁷¹.

(ii) *La protection de la sphère privée*

- 1133 La protection de la sphère privée – et donc la protection des données¹⁶⁷² – est expressément prévue par l'art. 17 LN qui a été repris de l'art. 15c aLN, disposition entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Cet article prévoit que les cantons veillent à ce que les procédures de naturalisation cantonale et communale n'empiètent pas sur la sphère privée (art. 17 al. 1 LN). Cela implique en particulier que seules certaines données sont communiquées aux électeurs, à savoir

PASCAL, in : Amarelle/Nguyen (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. V : LN, art. 14, N 13.

¹⁶⁶⁷ GUTZWILLER (2016), p. 29.

¹⁶⁶⁸ GUTZWILLER (2016), p. 38.

¹⁶⁶⁹ ATF 140 I 99, consid. 3.5.

¹⁶⁷⁰ ATF 138 I 305, consid. 1.4.2.

¹⁶⁷¹ ATF 138 I 305, consid. 1.4.6.

¹⁶⁷² HANGARTNER (2009), p. 305.

la nationalité du requérant, la durée du séjour et les informations indispensables pour déterminer si le requérant remplit les conditions de naturalisation (art. 17 al. 2 LN).

(iii) *La garantie de l'accès au juge*

La garantie de l'accès au juge est inscrite au niveau constitutionnel à l'art. 29a Cst. Cette dernière prévoit qu'au moins une autorité judiciaire ait un pouvoir d'examen étendu aux faits et au droit. *A contrario*, elle ne garantit pas un contrôle étendu à l'opportunité (N 642). Il est également compatible avec cette garantie que les autorités judiciaires s'imposent une certaine *retenue* pour revoir les notions juridiques indéterminées ou l'appréciation de questions techniques. Cela leur permet de respecter la marge de manœuvre des autorités précédentes¹⁶⁷³.

En droit de la nationalité, la garantie d'accès au juge est spécifiquement prévue par l'art. 46 LN qui impose aux cantons d'instaurer des autorités judiciaires qui connaissent des recours contre les refus de naturalisation ordinaire en qualité d'autorité cantonales de dernière instance.

Dès lors, si l'instance cantonale *limite son examen à un contrôle équivalent à l'arbitraire*, cela n'est pas compatible avec la garantie tirée des articles 29a Cst. et 46 LN¹⁶⁷⁴. Même dans les cas où le tribunal cantonal doit respecter la garantie de l'autonomie communale, son contrôle doit être étendu aux faits et au droit et notamment à la question de savoir si la décision a été prise en respectant les conditions de l'art. 14 aLN (11-12 LN) qui lient toutes les autorités. À cet égard, le Tribunal fédéral contrôle si la décision a été prise conformément aux droits constitutionnels et en particulier, l'autonomie communale, le droit d'être entendu et l'interdiction de l'arbitraire (art. 113, 116 et 118 LTF)¹⁶⁷⁵.

3. L'annulation de la naturalisation

Selon l'art. 36 al. 1 LN, le SEM peut annuler la naturalisation obtenue *par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels*. Le canton a également, aux mêmes conditions, cette possibilité dans le cadre de la naturalisation ordinaire (art. 36 al. 3 LN)¹⁶⁷⁶. La formulation potestative de cet

¹⁶⁷³ ATF 137 I 235, consid. 2.5.

¹⁶⁷⁴ RASELLI (2011), p. 588.

¹⁶⁷⁵ ATF 137 I 235, consid. 2.5.2 et 2.5.3.

¹⁶⁷⁶ CARONI ET AL. (2018), p. 559 ; SPESCHA ET AL. (2020), p. 483.

- article accorde une certaine liberté d'appréciation à l'autorité compétente¹⁶⁷⁷. Dans la pratique, le SEM se contente d'annuler les décisions qu'il a lui-même accordées et laisse les cantons annuler les décisions qu'ils ont accordées¹⁶⁷⁸.
- 1138 Lorsque la naturalisation est annulée, la personne concernée perd la nationalité suisse et les droits qui vont avec. Juridiquement, elle *redevient une personne étrangère* à laquelle les dispositions du droit des personnes étrangères sont de nouveau applicables. Se pose alors la question de savoir quel est le titre de séjour accordé à la personne étrangère après l'annulation de sa naturalisation. À cet égard, l'aLN ne donnait pas de réponse satisfaisante. Elle contenait donc une vraie lacune qu'il a fallu combler¹⁶⁷⁹.
- 1139 Le Tribunal fédéral avance plusieurs arguments. Premièrement, si avec la naturalisation, l'étranger perdait le droit à l'autorisation d'établissement, les autorités pourraient de nouveau procéder à un libre examen pour décider si la personne peut avoir une nouvelle autorisation d'établissement, ce qui serait en tension avec le principe de la sécurité du droit¹⁶⁸⁰. Deuxièmement, les conditions d'annulation de la naturalisation ou de révocation de l'autorisation d'établissement ne sont pas forcément les mêmes. À cet égard, il ne serait pas cohérent de placer la personne étrangère dans une moins bonne situation que si elle n'avait pas été naturalisée¹⁶⁸¹. Dès lors, la personne doit être replacée dans la situation qui était la sienne avant la naturalisation, sous réserve d'éventuels motifs entraînant la perte de ce statut¹⁶⁸².
- 1140 Depuis le 1^{er} janvier 2018, l'autorisation de séjour ou d'établissement peut être révoquée si la personne étrangère a tenté d'obtenir abusivement la nationalité suisse ou cette dernière lui a été retirée suite à une décision ayant force de chose jugée dans le cadre d'une annulation de la naturalisation selon l'art. 36 LN (art. 62 al. 1, let. f et 63 al. 1, let. d LEI). En introduisant cette possibilité, le législateur a voulu conférer *un pouvoir d'appréciation plus important* aux autorités compétentes, car elles peuvent refuser de ré-octroyer une autorisation à une personne étrangère, du simple fait de l'annulation de sa naturalisation. Cependant, ces articles ont une formulation potestative et la révocation de l'autorisation doit être conforme au principe de la proportionnalité¹⁶⁸³. En

¹⁶⁷⁷ Arrêt du TF 1C_324/2020 du 23 septembre 2020, consid. 4.1.

¹⁶⁷⁸ UEBERSAX/PETRY (2016), p. 35.

¹⁶⁷⁹ ATF 135 II 1, consid. 3.4 et 3.5.

¹⁶⁸⁰ ATF 135 II 1, consid. 3.6.

¹⁶⁸¹ ATF 135 II 1, consid. 3.7.

¹⁶⁸² ATF 135 II 1, consid. 3.8 ; SEM, Directives LEI, chap. 3.4.6, p. 54 (état au 1^{er} mars 2022).

¹⁶⁸³ Cf. arrêt du TF 2C_195/2021 du 14 avril 2021, consid. 4.5 ; dans ce sens également, Cour de droit administratif et public du canton de Vaud du 29 avril 2019, arrêt PE.2018.0353, consid. 2. b).

outre, un comportement fautif dans la procédure de naturalisation n'inclut pas forcément un comportement fautif en droit des personnes étrangères. Dès lors, pour que ces dispositions trouvent application, la personne étrangère doit également avoir commis une faute dans la procédure en droit des personnes étrangères¹⁶⁸⁴.

B. La casuistique relative à la naturalisation ordinaire

1. Généralités

a. Les instances compétentes

Dans cette partie relative à la jurisprudence rendue dans le domaine de la naturalisation ordinaire, nous allons principalement examiner les arrêts publiés rendus par le Tribunal fédéral. En effet, le préavis négatif ou le refus de naturalisation étant une décision cantonale, c'est le Tribunal fédéral qui est compétent pour revoir ces cas. Cependant, le recours est possible seulement aux conditions restrictives du recours constitutionnel subsidiaire (N 1122). Les arrêts du Tribunal administratif fédéral ne seront examinés que lors d'un recours contre le refus du SEM d'octroyer l'autorisation fédérale.

1141

b. Les griefs soulevés

Devant le Tribunal fédéral, les griefs pouvant être invoqués par les personnes recourantes sont *limités* (N 1122). En effet, le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que contre la violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). Dans le domaine de la naturalisation ordinaire, les violations principalement invoquées sont celles des art. 8 Cst. (égalité de traitement et interdiction des discriminations), 9 Cst. (interdiction de l'arbitraire), 29 Cst. (garanties de procédure et violation du droit d'être entendu) et 50 Cst. (garantie de l'autonomie communale)¹⁶⁸⁵. Dès lors, dans ce cadre, le Tribunal fédéral ne peut pas examiner si la décision est conforme à la loi¹⁶⁸⁶.

1142

Cela implique que les conditions relatives à la *réussite de l'intégration* (art. 11-12 LN, l'aptitude dans l'ancienne loi [art. 14 aLN]) des personnes étrangères ne sont examinées que lorsque leur violation implique également une

1143

¹⁶⁸⁴ UEBERSAX ET AL. (2021), p. 169.

¹⁶⁸⁵ Cf. *infra* les points 2-6.

¹⁶⁸⁶ UEBERSAX/PETRY (2016), p. 40.

violation des droits constitutionnels tels que l'interdiction des discriminations ou l'interdiction de l'arbitraire¹⁶⁸⁷.

- 1144 Il en va différemment des recours portés devant le Tribunal administratif fédéral. En effet, la personne recourante peut soulever des griefs relatifs aux faits, au droit, ainsi qu'à l'opportunité de la décision (art. 49 PA, par renvoi de l'art. 37 LTAF)¹⁶⁸⁸. Cependant, le Tribunal administratif fédéral ne revoit que les cas dans lesquels le SEM a rendu une décision négative refusant l'autorisation fédérale de naturalisation. Ce dernier examine en particulier les conditions relatives à l'ordre public et à la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse (art. 11 let. c LN). Or, pour ce faire, il est au bénéfice d'un important pouvoir d'appréciation. Dès lors, le Tribunal administratif fédéral, bien qu'au bénéfice d'un pouvoir d'un *plein pouvoir d'examen*, s'impose une certaine *retenue* dans l'examen de ces cas (cf. *infra* N 1158).

2. Les garanties de procédure

a. Les garanties générales de procédure et le principe de la bonne foi

- 1145 Dans les procédures de naturalisation ordinaire, les communes se doivent de respecter les garanties générales de procédure et en particulier le *droit d'être entendu* (art. 29 al. 2 Cst.) ainsi que le *principe de la bonne foi* (art. 5 al. 3 et 9 Cst.). Cela implique que l'autorité doit informer la personne intéressée des différentes étapes procédurales qui sont propres à influencer le résultat de la procédure pour que cette dernière puisse s'y préparer¹⁶⁸⁹. Dès lors, elle peut s'attendre à ce que l'autorité respecte les renseignements qu'elle lui a fournis sur la procédure. Cela signifie que, en l'absence de justification spécifique et préalable concernant un changement du déroulement procédural du traitement de la demande, l'autorité ne peut pas s'écarter du déroulement qu'elle avait originellement annoncé¹⁶⁹⁰.
- 1146 Le respect de ces garanties de procédure est d'autant plus important dans le cadre de la naturalisation ordinaire que les communes ont, sur le fond et en particulier concernant l'intégration de la personne, un *pouvoir d'appréciation important*¹⁶⁹¹.

¹⁶⁸⁷ UEBERSAX/PETRY (2016), p. 54.

¹⁶⁸⁸ UEBERSAX/PETRY (2016), p. 35.

¹⁶⁸⁹ ATF 141 I 60, consid. 3.3 et 140 I 99, consid. 3.5.

¹⁶⁹⁰ ATF 140 I 99, consid. 3.6.

¹⁶⁹¹ ATF 141 I 60, consid. 3.3 et 3.5.

Dans l'*ATF 140 I 99*, les recourants reçoivent un courrier de la commission de naturalisation de la commune les invitant à un entretien pour apprendre à faire connaissance et exposer les motifs de leur demande. Or, pendant cette rencontre la commission a procédé à un examen de leurs connaissances générales et, a sur cette base, rejeté leur demande de naturalisation. Il est reconnu que la commune dispose de la marge de manœuvre nécessaire pour poser des questions sur les connaissances générales dans le cadre de l'examen de l'intégration. Toutefois, en raison du stade précoce de la procédure et de la lettre d'invitation, les recourants étaient en droit de supposer qu'un test d'aptitude n'aurait lieu que plus tard et qu'ils seraient en mesure de s'y préparer de manière adéquate. En l'espèce, le manque d'informations sur l'objectif véritable de l'entretien a eu des conséquences juridiques directes pour les recourants. En outre, la commune n'a fourni aucune justification quant à sa manière de procéder. Dès lors, le comportement de cette dernière viole les garanties prévues par l'art. 29 Cst., en particulier le droit d'être entendu des recourants. En outre, d'un point de vue procédural, la commune a violé le principe de la bonne foi tel que garanti par l'art. 5 al. 3 Cst.¹⁶⁹².

1147

Dans l'*ATF 141 I 60*, le recourant – ressortissant irakien, reconnu comme réfugié et présent sur le territoire suisse depuis 1989 – est invité à un entretien auprès de la commune de Trimmis (GR), par l'intermédiaire de sa fille qui a, elle aussi, demandé la naturalisation. Il ne lui est fourni aucune information détaillée quant au contenu de cet entretien et en particulier sur le test de connaissances que la commune entendait lui faire passer. Or, à l'issue de l'entretien, la commune considère son intégration comme insuffisante et rejette sa demande. Sur cette base, le Tribunal fédéral retient que les conditions de la naturalisation n'ont pas été suffisamment examinées. En effet, n'ayant pas été correctement informé, le recourant ne pouvait se préparer pour le test et rien n'indique comment et sur quelle matière il a été interrogé. Les documents du dossier ne contiennent que des informations générales qui ne sont pas suffisantes pour permettre de conclure à une intégration (in)suffisante. Les autorités ont donc méconnu leurs devoirs procéduraux et ainsi violé le droit fédéral. Dès lors, le Tribunal fédéral renvoie l'affaire à la commune pour nouvelle décision et clarifications quant à l'intégration du recourant¹⁶⁹³.

1148

¹⁶⁹² ATF 140 I 99, consid. 3.7.

¹⁶⁹³ ATF 141 I 60, consid. 4.2-4.4.

b. La durée de la procédure

- 1149 Conformément à l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable. Cela implique que les communes doivent *mener à bien* les procédures de naturalisation *sans retard inutile*. Une durée adéquate se définit par rapport à la nature de la procédure et les circonstances particulières de l'affaire. En outre, l'art. 13 al. 3 aLN prévoyait que la durée de l'autorisation de naturalisation était valable pour une durée de trois ans. Avec cette durée, le législateur a voulu tenir compte du délai raisonnable prévu par l'art. 29 al. 1 Cst.¹⁶⁹⁴.
- 1150 Dans l'*ATF 135 I 265*, les demandes de naturalisation ont été déposées en 2003 et 2004. Les deux fois, les personnes ont obtenu un préavis positif de la commission de naturalisation avant que leurs demandes ne soient rejetées sans motivation suffisante par l'assemblée communale. Dans de tels cas, l'autorité de recours (le Département) aurait dû rendre une décision sans renvoyer l'affaire à la commune. Dès lors, le Tribunal fédéral renvoie la cause au Département pour nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF)¹⁶⁹⁵.

3. Les conditions matérielles

a. L'intégration

- 1151 La notion d'intégration est une *notion matérielle fondamentale* de la procédure de naturalisation ordinaire. Au niveau légal, elle est mentionnée aux articles 11 et 12 LN (N 1130). Cependant, ces derniers n'en donnent pas directement une définition, mais décrivent les critères à travers lesquels se manifestent une intégration réussie (art. 12 al. 1 LN)¹⁶⁹⁶. Cette dernière fait ainsi référence à des *notions juridiques indéterminées*, soumises à interprétation¹⁶⁹⁷.
- 1152 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'évaluation de l'intégration doit être comprise comme un *processus de rapprochement mutuel* entre la population locale et la population étrangère. La personne qui s'est installée doit participer à la vie économique, sociale et culturelle de la société locale. Pour ce faire, il est nécessaire que la personne étrangère se familiarise à la situation

¹⁶⁹⁴ ATF 135 I 265, consid. 4.4.

¹⁶⁹⁵ ATF 135 I 265, consid. 4.5.

¹⁶⁹⁶ DI DONATO/MAHON (2020), Définir l'intégration : significations légales actuelles, in : La fabrique de l'intégration, p. 116 ; GUTZWILLER (2016), p. 29 ; SOW DIEYLA/MAHON PASCAL, in : Amarelle/Nguyen (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. V : LN, art. 14, N 13.

¹⁶⁹⁷ ATF 146 I 49, consid. 4.3.

sociale et aux conditions de vie en Suisse. Une intégration réussie requiert la volonté des personnes étrangères, ainsi que l'ouverture de la population suisse. La question de savoir si une personne qui demande la naturalisation est suffisamment intégrée dépend de toutes les circonstances de chaque cas. En participant, l'étranger démontre sa volonté de se rapprocher des locaux et de s'adapter aux conditions sociales et culturelles de la vie dans son lieu de résidence¹⁶⁹⁸.

Lors de l'évaluation de l'intégration dans son ensemble, les autorités cantonales et communales sont autorisées à attribuer une *certaine pondération* entre les différents critères. Dans l'ensemble, toutefois, l'évaluation doit rester équilibrée et ne doit pas reposer sur un déséquilibre manifeste dans l'évaluation de tous les aspects pertinents. Se concentrer sur un seul critère est inadmissible, sauf si ce critère, tel qu'un casier judiciaire important, est en soi d'une importance décisive. Ce qui est requis, c'est une évaluation globale de tous les aspects pertinents dans le cas individuel¹⁶⁹⁹. 1153

Comme nous l'avons mentionné au moment de préciser les griefs invocables devant les instances de recours fédérales, le Tribunal fédéral ne revoit la compatibilité des décisions de naturalisation avec la LN que sous l'angle de l'arbitraire. Pour le surplus, il n'examine que la violation des droits constitutionnels (N 1142). Dès lors, nous abordons les aspects relatifs à l'intégration principalement sous l'angle de l'interdiction des discriminations (point 4.), de l'interdiction de l'arbitraire (point 5.) et de la violation de l'autonomie communale (point 6.). 1154

b. La familiarisation avec les conditions de vie en Suisse

L'exigence d'intégration locale et de familiarisation avec les conditions de vie en Suisse (art. 11 let. b LN) repose sur des *notions juridiques indéterminées* qui nécessitent une interprétation. D'une part, il s'agit de l'intégration économique et sociale et, d'autre part, des connaissances de base en matière de civisme et d'histoire, de géographie et des coutumes et traditions culturelles. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une intégration suffisante n'exige pas de participer à des clubs ou à d'autres organisations communautaires. L'intégration sociale peut également se faire par le biais du travail. Même une vie retirée n'exclut pas, dès le départ, que la personne soit intégrée¹⁷⁰⁰. 1155

¹⁶⁹⁸ ATF 146 I 49, consid. 2.5.

¹⁶⁹⁹ ATF 146 I 49, consid. 4.4.

¹⁷⁰⁰ ATF 146 I 49, consid. 4.3.

1156 En outre, les *exigences globales* doivent être proportionnées, non discriminatoires et ne doivent pas paraître excessives. En particulier, l'examen des conditions de naturalisation n'est pas un examen spécialisé dans lequel les candidats doivent prouver leurs connaissances et des concepts spécialisés. Il s'agit plutôt d'évaluer les faits de la vie et les connaissances de base des connaissances générales. Les subtilités n'ont pas leur place dans la procédure de naturalisation et les connaissances requises des candidats ne doivent pas être exagérées. On ne peut pas exiger plus que ce que l'on peut raisonnablement attendre d'un Suisse moyen résidant dans la commune¹⁷⁰¹.

c. La mise en danger de la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse

1157 La troisième condition matérielle est celle relative à *la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse*, à laquelle le requérant ne doit pas porter atteinte (art. 11 let. c LN et 14 let. d aLN). On entend par là toute menace contre des biens juridiques importants (intégrité corporelle, vie ou liberté de personnes, l'existence et fonctionnement de l'Etat) que représente une personne en participant à des activités dans des domaines tels que le terrorisme, l'espionnage¹⁷⁰² ou à des activités du crime organisé (art. 3 OLN)¹⁷⁰³. La particularité de cette condition est qu'elle est examinée par la Confédération et non par les cantons et les communes¹⁷⁰⁴. Pour se déterminer, le SEM se base en particulier sur les informations fournies par le SRC (N 807)¹⁷⁰⁵.

1158 La notion de menace à la sûreté intérieure et extérieure de la Suisse est une *notion juridique indéterminée* pour l'évaluation de laquelle le SEM dispose d'un large pouvoir d'appréciation (N 1199)¹⁷⁰⁶. Dès lors, bien qu'au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen, le Tribunal administratif fédéral s'impose une certaine *retenue* dans l'examen de cette condition. Cette retenue est justifiée au vu du large pouvoir d'appréciation du SEM et des implications politiques de cette condition, notamment lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre de la problématique de la sauvegarde des intérêts de la Suisse au travers de ses relations

¹⁷⁰¹ ATF 146 I 49, consid. 4.3.

¹⁷⁰² Pour la liste complète, art. 6 al. 1, let. a de la loi fédérale sur le renseignement du 25 septembre 2015 (LRens), RS 121.

¹⁷⁰³ ATAF 2015/1, consid. 3.4.

¹⁷⁰⁴ Message du Conseil fédéral du 4 mars 2011 concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (Loi sur la nationalité, LN), FF 2011 2639, 2663 ; SOW DIEYLA/MAHON PASCAL, in : Amarelle/Nguyen (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. V : LN, art. 14, N 9.

¹⁷⁰⁵ Cf. ATAF 2015/1 et 2013/34.

¹⁷⁰⁶ ATAF 2019 VII/5, consid. 6.3.2.

avec l'étranger. Dès lors, le Tribunal administratif fédéral ne s'écarte pas sans nécessité de l'appréciation du SEM¹⁷⁰⁷. Cependant, la retenue n'est pas justifiée lorsque l'autorité inférieure n'a pas examiné les points essentiels pour la décision et n'a pas procédé de manière soigneuse et complète aux vérifications nécessaires¹⁷⁰⁸.

Dans l'*ATAF 2013/34*, le Tribunal administratif fédéral se penche sur le refus du SEM de délivrer l'autorisation fédérale de naturalisation à un ressortissant sri lankais au motif qu'il aurait des liens avec l'organisation LTTE. Il base ce refus sur des rapports du SRC qui indiquent que le requérant – étant directeur, puis secrétaire et coordinateur d'une école qui enseigne le tamoul – pourrait avoir une influence sur le contenu de l'enseignement et ainsi véhiculer des idées sécessionnistes. Or, le Tribunal administratif fédéral relève que le recourant n'a jamais directement enseigné, ni ne s'est prévalu de liens avec le mouvement LTTE pendant sa procédure d'asile antérieure. Ces liens hypothétiques soulevés dans les rapports du SRC, qui relève par ailleurs que le recourant ne peut être accusé d'aucun acte illégal, ne constituent pas des raisons suffisantes pour considérer que ce dernier compromet la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 14 let. d aLN). Dès lors, en refusant de délivrer l'autorisation fédérale de naturalisation, le SEM a violé le droit¹⁷⁰⁹.

1159

Dans l'*ATAF 2015/1*, le Tribunal administratif fédéral se penche à nouveau sur un refus de SEM de délivrer l'autorisation fédérale de naturalisation à des ressortissants sri lankais, à cause de leurs liens avec l'organisation LTTE. Au moment du prononcé de l'arrêt, il n'y a pas de structure clairement identifiée ayant des liens avec le LTTE en Suisse. Le danger représenté par cette organisation est donc faible. Dès lors, une évaluation individualisée des activités personnelles des recourants est nécessaire. À cet égard, il convient d'examiner s'il existe des motifs suffisants pour supposer que les recourants représentent actuellement une menace pertinente pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. En l'espèce, ils sont accusés de soutenir financièrement l'organisation LTTE en transférant de l'argent liquide via leur entreprise. En effet, ils n'ont pas réussi à démontrer, de manière convaincante, à quoi servait l'argent transféré. Il persiste donc un soupçon de participation au financement d'une organisation qui se trouve sur la liste à surveiller du SRC. Le Tribunal administratif fédéral ne pouvant pas exclure avec certitude la participation des recourants au transfert d'argent, cela est suffisant pour considérer que la condition découlant de l'art. 14 let. d aLN n'est pas remplie¹⁷¹⁰.

1160

¹⁷⁰⁷ Arrêt du TAF F-5322/2017 du 20 décembre 2019, consid. 6.4.

¹⁷⁰⁸ ATAF 2019 VII/5, consid. 6.4.

¹⁷⁰⁹ ATAF 2013/34, consid. 7.

¹⁷¹⁰ ATAF 2015/1, consid. 6.

- 1161 Dans l'*ATAF 2019 VII/5*, le Tribunal administratif fédéral se penche sur le refus du SEM d'accorder l'autorisation fédérale de naturalisation à un ressortissant algérien à cause de son activisme politique antérieur et du maintien de ses liens avec la mouvance islamique. En effet, en 1994, le recourant est expulsé de France à cause de son appartenance à certaines organisations politiques (la Fraternité algérienne de France, sous-organisation du Front islamique du Salut [FIS]). Il est considéré comme ayant occupé une position de cadre dans le FIS, ce qui est corroboré par le fait qu'il est cité en marge d'un jugement anglais en 2012. En outre, il a signé plusieurs pétitions ayant des visées politiques radicales. Dès lors, son comportement représente un danger concret pour la sûreté en particulier extérieure de la Suisse (art. 14 let. d aLN). Au vu de ces éléments, sa naturalisation pourrait compromettre les relations bilatérales entre la Suisse et l'Algérie, pays qui constitue un des partenaires importants de la Suisse en Afrique. C'est donc à raison que le SEM a refusé d'octroyer l'autorisation fédérale de naturalisation¹⁷¹¹.

4. L'interdiction des discriminations

- 1162 L'art. 8 al. 2 Cst. prévoit que nul ne doit subir de discrimination. Une discrimination est considérée comme une inégalité de traitement qualifiée, c'est-à-dire qu'elle est jugée plus grave en raison du critère retenu pour procéder à la différenciation juridique¹⁷¹². À cet égard, l'interdiction des discriminations touche également à la dignité humaine telle que garantie par l'art. 7 Cst.¹⁷¹³. Dès lors, pour qu'une violation de l'art. 8 al. 2 Cst. soit reconnue, il faut qu'il existe une inégalité de traitement, qui est présumée inadmissible en vertu du rattachement à une caractéristique protégée (« *verpöntes Merkmal* »)¹⁷¹⁴ et pour laquelle il n'existe pas de justification qualifiée, qui soit objective et suffisante¹⁷¹⁵.
- 1163 En outre, il n'est pas suffisant que certains éléments de la motivation soient discriminatoires, il faut également que le résultat de la décision soit contraire à la Constitution. Des décisions de naturalisation négatives sont légales

¹⁷¹¹ ATAF 2019 VII/5, consid. 7.

¹⁷¹² DUBEY (2018a), N 3238.

¹⁷¹³ ATF 139 I 169, consid. 7.2.1.

¹⁷¹⁴ On trouve une liste non exhaustive (« notamment ») des caractéristiques protégées à l'art. 8 al. 2 Cst. : origine, race, sexe, âge, langue, situation sociale, mode de vie, convictions religieuses, philosophiques ou politiques ou déficience corporelle, mentale ou psychique.

¹⁷¹⁵ ATF 139 I 169, consid. 7.2.3 et 138 I 305, consid. 3.3 ; DUBEY (2018a), N 3248-3253 et 3259.

lorsqu'à côté d'éléments discriminants, il y en a également d'autres qui ne le sont pas¹⁷¹⁶.

Dans l'*ATF 134 I 49*, le Tribunal fédéral se penche sur le refus d'une commune argovienne d'accorder la naturalisation à une requérante à cause du fait qu'elle porte un foulard. Selon les autorités cantonales, cela serait un signe de soumission de la femme par rapport à l'homme, ce qui serait contraire aux valeurs démocratiques et constitutionnelles de la Suisse. Or, le port du foulard, comme expression d'une croyance religieuse, est protégé par la garantie de l'art. 15 Cst. Le refus de la naturalisation sur ce motif revient à procéder à une différence de traitement de la recourante par rapport aux autres candidats sur la base de ses convictions religieuses. Cette différence de traitement qualifiée ne trouve aucune justification objective. Dès lors, elle discrimine la recourante d'une manière contraire à l'art. 8 al. 2 Cst.¹⁷¹⁷.

1164

Dans l'*ATF 134 I 56*, le Tribunal fédéral se penche également sur le refus d'une commune argovienne d'accorder la naturalisation à un couple, notamment à cause du fait que la femme porte un foulard. Concernant cette dernière, les faits, non contestés, montrent que ses connaissances linguistiques et des institutions politiques sont insuffisantes, ce qui dénote un manque d'intégration. Dès lors, le refus de naturalisation se fonde sur un critère neutre et objectif (le manque d'intégration), ce qui est conforme à l'art. 8 al. 2 Cst.¹⁷¹⁸. Il en va différemment pour le mari. En effet, il n'apparaît pas que celui-ci soit insuffisamment intégré. Il lui est seulement reproché que sa femme porte le foulard, ce qui serait un manque de respect envers les valeurs constitutionnelles et un manque de reconnaissance pour l'égalité entre hommes et femmes. La décision négative de naturalisation repose donc sur un motif qui est contraire à l'art. 8 al. 2 Cst. Cela a comme conséquence d'introduire une différence de traitement entre le requérant et les autres candidats à la naturalisation, qui ne repose sur aucune justification objective, adaptée aux circonstances du cas d'espèce. Dès lors, le recours est admis concernant le mari¹⁷¹⁹.

1165

Dans l'*ATF 135 I 49*, le Tribunal fédéral se penche sur la question de savoir si le refus de naturalisation sur la base d'une dépendance à l'aide sociale, due à un handicap, est conforme avec l'art. 8 al. 2 Cst. En effet, l'indépendance financière est une des conditions prévues pour la naturalisation ordinaire. Or, les personnes ayant certains handicaps ne peuvent pas travailler. Leur dépendance à l'aide sociale n'est donc pas fautive. À cet égard, elles subissent une

1166

¹⁷¹⁶ ATF 138 I 305, consid. 3.4.

¹⁷¹⁷ ATF 134 I 49, consid. 3.2.

¹⁷¹⁸ ATF 139 I 56, consid. 3.

¹⁷¹⁹ ATF 139 I 56, consid. 5.2.

différence de traitement par rapport aux personnes en bonne santé¹⁷²⁰. Pour justifier cette différence de traitement, l'autorité précédente a allégué, en tant qu'objectif légitime, que la naturalisation d'une personne dépendant de l'aide sociale avait des conséquences sur les finances de la commune. En outre, la dépendance à l'aide sociale constitue également un motif de révocation de l'autorisation de séjour et d'établissement. Le Tribunal fédéral procède à une pesée des intérêts où il arrive à la conclusion que l'intérêt public (les finances) pour justifier cette inégalité de traitement est faible. Au contraire, l'intérêt privé de la recourante à gagner un statut stable est important. En outre, cette dernière ne pourra certainement jamais atteindre une indépendance financière et il paraîtrait choquant qu'elle ne soit pas naturalisée uniquement à cause de la question de savoir quelle collectivité va la soutenir financièrement. En l'espèce, l'intérêt financier de la commune n'est pas une justification qualifiée suffisante. Dès lors, l'art. 8 al. 2 Cst. est violé¹⁷²¹.

1167 Dans l'*ATF 136 I 309*, le Tribunal fédéral se penche sur la question de savoir si le refus de naturalisation de la recourante qui est en apprentissage et dépend de l'aide sociale est conforme à l'art. 8 al. 2 Cst. D'abord, comme dans l'*ATF 135 I 49*, le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si les personnes dépendantes de l'aide sociale représentent un groupe protégé par l'art. 8 al. 2 Cst.¹⁷²². Ensuite, il se penche sur la question de savoir s'il y a d'autres facteurs qui peuvent s'avérer discriminants pour la recourante. Tel peut être le cas de facteurs comme l'origine ou la position sociale. En l'espèce, concernant la naturalisation, il n'est pas suffisant de descendre de parents modestes pour pouvoir se prévaloir de ses facteurs. En effet, cela ne constitue pas un trait fixe de la personnalité, mais plutôt une circonstance temporaire : une fois adulte, la recourante peut travailler et devenir indépendante et d'autres cas de figure peuvent aussi se présenter dans lesquels la dépendance à l'aide sociale peut également être reprochée. Dès lors, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion qu'il n'y a pas de discrimination¹⁷²³.

1168 Dans l'*ATF 138 I 305*, le Tribunal fédéral se penche sur la question de savoir si le refus de naturalisation d'un recourant handicapé est discriminatoire. En effet, ce dernier allègue que l'assemblée communale a rejeté sa demande de naturalisation à cause de son origine balkanique et de son handicap. Or, l'appréciation, faite par un électeur, selon laquelle le plaignant pourrait, pour s'intégrer, participer à une association de personnes handicapées ou travailler dans un atelier protégé n'est pas discriminatoire. Cette appréciation repose sur l'idée

¹⁷²⁰ ATF 135 I 49, consid. 6.1.

¹⁷²¹ ATF 135 I 49, consid. 6.2-6.3.

¹⁷²² ATF 136 I 309, consid. 4.2.

¹⁷²³ ATF 136 I 309, consid. 4.3.

que la participation à la vie locale est la manifestation d'une certaine intégration et, bien que cette participation puisse être plus dure pour une personne handicapée, elle n'est pas suffisante pour conclure à une discrimination. Dès lors, les objections soulevées à l'encontre du manque d'intégration du recourant ne sont pas discriminatoire et le Tribunal fédéral rejette le grief de violation de l'art. 8 al. 2 Cst.¹⁷²⁴.

5. L'interdiction de l'arbitraire

De jurisprudence constante, il y a *arbitraire* dans l'application du droit lorsque la décision attaquée est manifestement insoutenable, si elle est en contradiction manifeste avec la situation effective, si elle méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou si elle heurte de manière flagrante le sentiment de la justice ou de l'équité¹⁷²⁵. En outre, le Tribunal fédéral n'annule la décision que si celle-ci est arbitraire non seulement dans sa motivation, mais aussi dans son résultat. Le fait qu'une autre solution soit possible ou paraisse préférable n'est pas suffisant¹⁷²⁶. Enfin, les motifs des décisions qui ne sont pas pertinents par rapport à l'objet de la décision sont arbitraires. Cela signifie qu'il doit être possible de justifier objectivement le refus de naturalisation¹⁷²⁷.

1169

Dans l'*ATF 138 I 305*, le Tribunal fédéral considère que les autorités cantonales ne sont pas tombées dans l'arbitraire en considérant que le recourant (N 1168) n'entretient pas de contacts personnels importants avec les habitants, qu'il ne participe à aucune association locale et ne profite d'aucune autre offre de la commune, et qu'il n'a exercé aucune activité depuis qu'il a quitté son emploi dans un atelier protégé en 1998, malgré ses bonnes connaissances en allemand et en informatique. Le recourant admet d'ailleurs indirectement cet état de fait en disant qu'il s'est retiré de la vie sociale locale après le rejet de la population. En outre, il faut prendre en considération que le recourant n'a que des possibilités limitées de participer à la vie de la commune à cause de son handicap. Cependant, s'il s'abstient de toute participation à la vie locale et ne fait aucun effort pour s'intégrer, la conclusion de l'instance inférieure de retenir une intégration locale insuffisante ne peut être qualifiée d'insoutenable¹⁷²⁸.

1170

¹⁷²⁴ ATF 138 I 305, consid. 4.4.

¹⁷²⁵ Arrêt du TF 1C_246/2008 du 17 novembre 2008, consid. 4.1.

¹⁷²⁶ ATF 138 I 305, consid. 4.3.

¹⁷²⁷ Arrêt du TF 1D_7/2017 du 13 juillet 2018, consid. 5.1.

¹⁷²⁸ ATF 138 I 305, consid. 4.4.

- 1171 Dans l'*arrêt ID_7/2017* du 13 juillet 2018, le Tribunal fédéral se penche, pour la seconde fois, sur le refus par la commune de Trimmis (GR) de naturaliser un ressortissant iranien (N 1148). Le refus est motivé par le fait que le requérant n'est pas assez intégré : il ne fait pas partie d'une société locale, n'est pas assez intégré dans la vie de la commune et ne connaît pas assez les us et coutumes locaux. Or, lors de la discussion devant l'assemblée communale, le point principal abordé n'est pas celui de l'intégration. En effet, le débat porte principalement sur les conséquences d'une décision négative pour la commune et sa réputation. En outre, il est reproché au recourant d'avoir fait appel aux tribunaux suite au refus de la commune et que, dès lors, l'assemblée communale ne voyait pas pourquoi elle devrait se soumettre à toute décision judiciaire. Le fait que le requérant ait fait usage de ses droits procéduraux ne va pas à l'encontre de son intégration et ne peut lui être imputé dans la décision de naturalisation. Vu l'importance de cette dernière question dans le débat, on peut supposer qu'elle a été décisive dans le résultat et que la question de l'intégration n'était que secondaire. Dès lors, malgré la large marge de manœuvre dont jouissent les autorités communales dans la procédure de naturalisation, la décision est arbitraire. Il en va de même de l'arrêt du Tribunal administratif grison qui s'appuie uniquement sur les éléments négatifs sans les placer dans le contexte général de la situation particulière¹⁷²⁹.
- 1172 Dans l'*ATF 146 I 49*, le Tribunal fédéral se penche sur le refus de naturalisation d'un ressortissant italien en Suisse depuis 30 ans, au motif de ses lacunes en matière de connaissances géographiques et culturelles. Les autorités communales et cantonales ont une certaine marge de manœuvre pour évaluer les différents critères relatifs à l'aptitude et le poids à donner à chacun. Cependant, il est illégal de mettre l'accent sur un seul critère, sauf si ce dernier est décisif en lui-même (N 1153). Au contraire, il faut pondérer l'ensemble des éléments du cas d'espèce. Les lacunes d'un critère peuvent donc être compensées par des points forts d'autres critères, tant que cet aspect n'est pas le facteur décisif en soi¹⁷³⁰. En l'espèce, le Tribunal administratif du canton de Schwyz reproche uniquement au recourant de ne pas être suffisamment familiarisé avec les conditions de vie en Suisse. Cette légère lacune est plus que compensée par les autres critères. En particulier, il est contraire à l'expérience de la vie de retenir que l'intéressé, qui possède sa propre entreprise artisanale depuis 2001, n'entretient aucun contact avec la population par le biais de son travail. Dès lors, le refus de naturalisation repose sur une pondération clairement disproportionnée des conditions matérielles de naturalisation et est donc arbitraire¹⁷³¹.

¹⁷²⁹ Arrêt du TF *ID_7/2017* du 13 juillet 2018, consid. 6.6-6.7.

¹⁷³⁰ *ATF 146 I 49*, consid. 4.4.

¹⁷³¹ *ATF 146 I 49*, consid. 4.5.

Dans l'arrêt *1D_4/2021 du 8 mars 2022* (destiné à la publication), le Tribunal fédéral se penche sur le refus, par la commune de Thoune, d'une demande de naturalisation au motif que la recourante n'aurait pas prouvé son niveau de connaissances linguistiques en allemand, sa langue maternelle étant le français. Selon les art. 6 al. 1 OLN et 12 al. 1 de l'ordonnance bernoise sur le droit de cité cantonal et le droit de cité communal du 20 septembre 2017 (ODC ; RS/BE 121.111), les bonnes connaissances de la langue officielle sont données lorsque la personne étrangère dispose de compétences linguistiques du niveau B1 à l'oral et A2 à l'écrit du Cadre européen commun de référence pour les langues (CECR) défini par le Conseil de l'Europe¹⁷³².

1173

Le niveau de connaissances peut être attesté notamment par une attestation de compétences linguistiques (art. 6 al. 2 let. d OLN). Avec la condition d'atteindre un certain niveau du CECR, les droits fédéral et cantonal fixent un critère objectif. Le but est de garantir une pratique non arbitraire et uniforme dans toute la Suisse et, en l'espèce, dans le canton de Berne. Cependant, le prérequis est que ces connaissances linguistiques soient évaluées par des spécialistes¹⁷³³. Pour ce faire, le SEM a développé, sur une base scientifique, le système d'encouragement linguistique « *fide* » (art. 6 al. 3 OLN)¹⁷³⁴. En l'espèce, la recourante n'a pas passé d'examen de langue directement reconnu par *fide* ou géré par son Secrétariat, mais elle se prévaut de la note d'allemand de son certificat de maturité. Se pose ainsi la question de savoir s'il est compatible avec le droit constitutionnel de ne pas admettre le certificat de maturité comme preuve suffisante de ses connaissances linguistiques, dans le sens d'une exception à l'art. 12 al. 2 ODC. Une telle exception existe dans le domaine de la formation lorsque les cantons transmettent des connaissances linguistiques conformément à leur mandat constitutionnel de formation (cf. art. 61a ss Cst.). Dans ce cas, ils sont responsables de la qualité de la formation dispensée. En outre, concernant les certificats de maturité, la Confédération assume un contrôle complémentaire en les reconnaissant au niveau fédéral. Il serait ainsi contradictoire de dénier à l'enseignement des langues au gymnase le caractère d'une procédure standardisée suffisante. Au contraire, l'examen de maturité permet de vérifier, sous le contrôle de l'Etat, que l'objectif légal de formation a été atteint, ce qui correspond au but poursuivi par l'art. 6 al. 2 et 3 OLN¹⁷³⁵. En ne reconnaissant pas la note du certificat de maturité de la recourante, la décision de la ville de Thoune est arbitraire. En outre, il serait également contraire à l'égalité de traitement de reconnaître un certificat conforme à *fide*, mais

1174

¹⁷³² Arrêt du TF 1D_4/2021 du 8 mars 2022 (destiné à la publication), consid. 3.2.

¹⁷³³ Arrêt du TF 1D_4/2021 du 8 mars 2022 (destiné à la publication), consid. 5.2.

¹⁷³⁴ Fide' Français en Suisse – apprendre, enseigner, évaluer, <https://fide-service.ch/fr/home> (consulté le 18 avril 2022).

¹⁷³⁵ Arrêt du TF 1D_4/2021 du 8 mars 2022 (destiné à la publication), consid. 5.8.

pas un certificat de maturité¹⁷³⁶. Sur cette base, le Tribunal fédéral admet le recours et renvoie la cause à la commune de Thoun pour qu'elle examine les autres conditions de la naturalisation, en partant du principe que la condition relative aux connaissances linguistiques est remplie¹⁷³⁷.

6. L'autonomie communale

- 1175 L'art. 50 al. 1 Cst. prévoit que l'autonomie communale (« *die Gemeindeautonomie* ») est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. Selon la jurisprudence, une commune est autonome dans un domaine, lorsque le droit cantonal ne le règle *pas de manière exhaustive*, mais lui laisse le réglementer partiellement ou entièrement, ce qui lui octroie une relative liberté de décision. En outre, la sphère protégée par l'autonomie communale peut englober tant une marge de manœuvre pour appliquer la réglementation communale que pour appliquer la législation cantonale ou fédérale. Dès lors, pour connaître son étendue, il faut se référer au droit cantonal et fédéral applicable au domaine concerné¹⁷³⁸.
- 1176 La Constitution fédérale et la LN n'accordent pas directement d'autonomie aux communes concernant l'octroi de la naturalisation. L'art. 13 al. 2 LN précise que les communes peuvent rendre un préavis favorable *si le droit cantonal le prévoit*. Il faut donc déterminer pour chaque canton si l'octroi du droit de cité communal est protégé par la garantie de l'autonomie communale¹⁷³⁹.
- 1177 Bien que liées par les conditions prévues dans la LN¹⁷⁴⁰, dans les cantons où la décision d'accorder le droit de cité communal fait partie de la sphère protégée par l'autonomie communale, ces dernières *ont un pouvoir d'appréciation important* (« *ein weiter Ermessensbereich* »), que les autorités de recours se doivent de respecter. En effet, elles ne peuvent intervenir dans la décision communale que lorsque cette dernière n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation de manière conforme, à savoir en contradiction avec le sens et le but de la loi sur la nationalité¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ Arrêt du TF 1D_4/2021 du 8 mars 2022 (destiné à la publication), consid. 5.11.

¹⁷³⁷ Arrêt du TF 1D_4/2021 du 8 mars 2022 (destiné à la publication), consid. 6.

¹⁷³⁸ ATF 146 I 83, consid. 2.1 ; 139 I 169, consid. 6.1 ; 138 I 242, consid. 5.2 et 137 I 235, consid. 2.2.

¹⁷³⁹ ATF 146 I 83, consid. 2.3.

¹⁷⁴⁰ En particulier, les conditions matérielles prévues par l'art. 11 LN, respectivement l'art. 14 aLN.

¹⁷⁴¹ ATF 137 I 235, consid. 2.4.

Enfin, le Tribunal fédéral revoit l'application du droit constitutionnel fédéral et cantonal avec un libre pouvoir d'examen. Par contre, il ne revoit l'application des lois et ordonnances cantonales que sous l'angle de l'arbitraire¹⁷⁴². En outre, il s'impose une certaine *retenue* lorsque l'appréciation des questions litigieuses dépend d'une évaluation des circonstances locales – comme l'intégration locale – pour lesquelles les autorités cantonales ont une meilleure vue d'ensemble¹⁷⁴³. 1178

Dans l'*ATF 137 I 235*, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal administratif du canton d'Argovie n'avait pas violé la garantie de l'autonomie communale en considérant qu'il fallait une base objective pour évaluer le niveau des connaissances linguistiques des personnes requérantes. À cet égard, il s'est référé au CECR pour déterminer le niveau de connaissance à l'écrit et à l'oral, qui est un critère objectif et apte à déterminer le niveau de langue. Ce faisant, il n'a pas formulé des connaissances minimales obligatoires. Au contraire, il laisse aux communes la possibilité de décider si, dans le cadre des critères énoncés, les personnes remplissent ou non les conditions dans le cas d'espèce. Cela leur confère une liberté de décision suffisante pour être compatible avec la garantie de leur autonomie communale¹⁷⁴⁴. 1179

Dans l'*ATF 138 I 242*, le Tribunal fédéral considère que le tribunal administratif du canton de Saint-Gall n'a pas violé la garantie de l'autonomie communale en évaluant les différents aspects de l'intégration de la recourante, à savoir ses connaissances linguistiques, son intégration professionnelle et la conscience de sa responsabilité personnelle de gagner sa vie et de s'occuper de son fils handicapé. Dès lors, l'argumentation de la commune, qui déclare que le fait de ne pas participer à la vie associative communale est un élément faisant partie de sa liberté de décision et qui est déterminant concernant un manque d'intégration, ne peut être suivie. En effet, bien que la commune dispose d'un pouvoir d'appréciation important pour déterminer l'intégration locale, cela ne justifie pas de considérer ce critère de façon déterminante sans tenir compte des circonstances particulières spéciales de la situation de la recourante. En outre, de nombreux suisses ne participent pas à la vie associative locale sans que cela ne remette en question leur citoyenneté. Sur cet aspect, le point de vue de la commune repose sur une conception inacceptable de l'intégration¹⁷⁴⁵. 1180

¹⁷⁴² ATF 139 I 169, consid. 6.1 ; 138 I 242, consid. 5.2 et 137 I 235, consid. 2.2.

¹⁷⁴³ ATF 146 I 83, consid. 3.1 ; UEBERSAX/PETRY (2016), p. 40.

¹⁷⁴⁴ ATF 137 I 235, consid. 3.4.3.

¹⁷⁴⁵ ATF 138 I 242, consid. 5.3.

- 1181 Dans l'*ATF 139 I 169*, le Tribunal fédéral se penche sur le recours d'une commune thurgovienne alléguant la violation de son autonomie communale, au motif que les autorités précédentes ont déclaré qu'elle avait violé l'art. 8 al. 2 Cst. en refusant de naturaliser une personne handicapée mentale. La commune avait considéré que la personne requérante, de par son handicap, n'avait pas de volonté propre à être naturalisée. Ce sont ses parents, bien que n'ayant pas déposé de demande pour eux-mêmes, qui ont déposé la demande pour leur fille qui est représentée dans la procédure de naturalisation par sa sœur, déjà naturalisée. Dans l'ensemble, il faut donc supposer que les personnes capables de discernement dans une situation de vie similaire et ayant un parcours de vie comparable auraient elles-mêmes également introduit une demande de naturalisation. En outre, l'intimée vit en Suisse depuis son enfance et va probablement y rester. Dès lors, elle a un intérêt idéal, mais aussi juridique à être naturalisée pour la stabilité que procure un tel statut¹⁷⁴⁶. La commune n'avance aucun autre argument que le manque de volonté. Dès lors, le refus de naturalisation de l'intimée ne poursuit pas un intérêt public important et légitime, et ne semble pas non plus nécessaire ou proportionné dans l'ensemble pour justifier la discrimination perçue à l'encontre de la personne mise en cause en tant que personne handicapée mentale. L'autorité précédente n'a donc pas violé l'autonomie de la commune en retenant que cette dernière, en refusant la naturalisation de l'intimée, avait commis une violation de l'interdiction des discriminations¹⁷⁴⁷.
- 1182 Dans l'*ATF 146 I 83*, le Tribunal fédéral se penche sur un recours des communes bourgeoises de Bâle-Ville, Riehen et Bettingen qui demandent l'annulation du §11 al. 2 de la nouvelle loi cantonale sur la nationalité (ci-après : *BüRG/BS*¹⁷⁴⁸) qui prévoit que lorsque la personne concernée a fréquenté l'école obligatoire intégralement en Suisse, dont l'ensemble du degré secondaire I dans le canton de Bâle-Ville, elle est réputée avoir les connaissances requises concernant les conditions de vie suisses et locales (connaissance élémentaire des particularités géographiques, historiques, politiques et sociales aux niveaux fédéral, cantonal et communal ; §11 al. 1 let. a *BüRG/BS*). Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (art. 82 let. b LTF), comme c'est le cas en l'espèce, le TF se penche en particulier sur la question d'une interprétation et application conforme au droit supérieur. Le §11 al. 2 *BüRG/BS* reprend les termes de l'art. 2 al. 1 let. a OLN, qui concrétise l'art. 11 let. b LN prévoyant les conditions matérielles de la naturalisation ordinaire. Ce faisant, il détermine comment cette condition doit être prouvée dans le canton de Bâle-

¹⁷⁴⁶ ATF 139 I 169, consid. 7.3.3-7.3.4.

¹⁷⁴⁷ ATF 139 I 169, consid. 7.3.5.

¹⁷⁴⁸ Bürgerrechtsgesetz du 19.10.2017 du canton de Bâle-ville (*BüRG/BS*), RS-BS 121.100.

Ville. La disposition litigieuse introduit donc uniquement une présomption légale portant sur la réalisation d'un seul critère de la naturalisation. Dès lors, elle n'est pas la définition d'un critère en termes de contenu, mais une règle de preuve de nature procédurale. Dans les limites de sa compétence, le canton de Bâle-Ville est en droit d'introduire des règles formelles de preuve concernant les conditions individuelles de naturalisation, pour autant qu'elles reposent sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elles n'opèrent pas de distinctions qui ne sont pas justifiées par les circonstances du cas particulier et qu'elles garantissent un examen individuel dans chaque cas d'espèce. La compétence de principe attribuée aux communes bourgeoises de conférer le droit de cité communal n'est ni remise en cause, ni éludée par la disposition litigieuse. Le droit fédéral prévoit également des règles de preuve schématiques concernant les présomptions (cf. art. 6 al. 1 let. b et c OLN). En l'espèce, il apparaît que la présomption – remise en cause par les recourantes – prévoyant que les connaissances requises pour demander la naturalisation s'acquièrent à l'école obligatoire apparaît comme adéquate et peut être interprétée de manière conforme au droit supérieur et ne viole donc pas les principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, du droit d'être entendu, ainsi que l'autonomie communale¹⁷⁴⁹.

C. La décision de naturalisation à l'aune de la marge de manœuvre des autorités

1. L'évolution de l'étendue du contrôle sur les décisions concernant la naturalisation

Jusqu'au début des années 2000, les décisions concernant la naturalisation ordinaire étaient considérées comme des *actes politiques* accordant un large pouvoir d'appréciation aux autorités compétentes, qui étaient souvent des autorités législatives¹⁷⁵⁰. Cette désignation d'acte politique était associée à l'idée que la décision de naturalisation ne nécessitait pas de motivation¹⁷⁵¹. Dès lors, les autorités disposaient d'un large pouvoir d'appréciation qui leur permettait de refuser la naturalisation, sans motivation, même si les conditions légales étaient remplies¹⁷⁵².

1183

¹⁷⁴⁹ ATF 146 I 83, consid. 4 et 7.

¹⁷⁵⁰ GUTZWILLER (2016), p. 50 ; CR Cst. – GUTZWILLER CÉLINE, art. 38 N 40.

¹⁷⁵¹ HANGARTNER (2009), p. 298 ; UEBERSAX/PETRY (2016), p. 42.

¹⁷⁵² ATF 129 I 232, consid. 3.3 ; TORNAY (2008), p. 299 et 308.

- 1184 En outre, il n'existait *aucun droit de recours* contre une décision de refus de naturalisation. En effet, le recours contre une décision de naturalisation ordinaire n'était pas prévu par la plupart des cantons. Il était également exclu du recours de droit administratif (art. 100 al. 1 let. c OJ) et, en l'absence d'un droit à la naturalisation, du recours de droit public (art. 84ss OJ). Dès lors, jusqu'en 2003, il y a eu très peu de jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la naturalisation ordinaire¹⁷⁵³.
- 1185 Un premier tournant a eu lieu en juillet 2003 lorsque le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts concernant la naturalisation ordinaire¹⁷⁵⁴. Le premier traite d'une question abstraite, à savoir de la validité d'une initiative populaire cantonale. Il requalifie la décision de naturalisation *d'acte de souveraineté individuel et concret* (décision administrative) et non plus d'acte politique. Il a justifié ce changement de paradigme en cela qu'une procédure de naturalisation traite du statut juridique de personnes individuelles. Dans cette procédure, les autorités examinent si la personne requérante est intégrée dans le contexte suisse et connaît les us, coutumes et pratiques. Il y a donc un examen au cas par cas qui se termine par l'octroi de la citoyenneté ou le rejet de la demande, c'est-à-dire un acte individuel et concret qui remplit toutes les caractéristiques d'une décision¹⁷⁵⁵. Cette requalification a eu, en particulier, comme conséquences d'accorder à la personne requérante un droit à une décision motivée¹⁷⁵⁶.
- 1186 Le second arrêt traite de manière concrète de plusieurs refus de naturalisation par les urnes dans la commune d'Emmen (LU). Du point de vue procédural, le Tribunal fédéral se penche sur la question de la qualité pour recourir. Il reconnaît ainsi un *intérêt juridique protégé fondé sur l'interdiction des discriminations* (art. 8 al. 2 Cst.) ouvrant la voie à un examen sur le fond dans le cadre du recours de droit public¹⁷⁵⁷. Sur le fond, le Tribunal fédéral considère qu'une naturalisation par les *urnes* n'est pas conforme aux droits fondamentaux. En effet, il est quasiment impossible de motiver une telle décision, ce qui la rend non conforme aux garanties de procédure de l'art. 29 Cst.¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵³ TORNAY (2008), p. 299-300 ; UEBERSAX/PETRY (2016), p. 42-43.

¹⁷⁵⁴ Cf. ATF 129 I 232 et 129 I 217 ; UEBERSAX (2018), p. 27.

¹⁷⁵⁵ ATF 129 I 232, consid. 3.3.

¹⁷⁵⁶ ATF 129 I 232, consid. 3.3 ; TORNAY (2008), p. 307 ; VON RÜTTE/SCHLEGEL (2016), N 40.

¹⁷⁵⁷ ATF 129 I 217, consid. 1 ; TORNAY (2008), p. 314 ; UEBERSAX/PETRY (2016), p. 44.

¹⁷⁵⁸ ATF 129 I 232, consid. 3.5 ; AUER (2016), N 1316 ; TORNAY (2008), p. 316 ; VON RÜTTE/SCHLEGEL (2016), N 40.

Cette nouvelle jurisprudence a suscité de *vifs débats* dans le monde politique, la doctrine et la presse¹⁷⁵⁹. En réponse à ces arrêts, plusieurs interventions parlementaires et cantonales¹⁷⁶⁰ ainsi qu'une initiative populaire de l'UDC « pour des naturalisations démocratiques » ont été déposées. Cette dernière demandait que les communes puissent décider, de manière autonome, quel organe accorde le droit de cité communal, ainsi que la décision prise par cet organe soit définitive¹⁷⁶¹. Cette initiative a été largement refusée (63,8% de non)¹⁷⁶². 1187

La réforme de la justice a également eu une influence sur l'étendue du contrôle judiciaire opéré. En effet, la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.) prévoit un contrôle judiciaire complet au moins une fois dans la procédure, à savoir avant la saisine du Tribunal fédéral¹⁷⁶³. Cette garantie est mise en œuvre à travers la création du Tribunal administratif fédéral ainsi que l'obligation, pour les cantons, de mettre en place des autorités judiciaires de dernière instance qui examinent d'office et librement les faits et le droit applicable (art. 110 LTF)¹⁷⁶⁴. 1188

Puis, au 1^{er} janvier 2009, sont entrées en vigueur des modifications de la loi sur la nationalité introduisant de nouvelles dispositions sur la *procédure* et la *protection juridique au niveau cantonal* (art. 15a-15c et 50 aLN, respectivement art. 15-17 et 46 LN)¹⁷⁶⁵. Le Parlement a adopté ces dispositions à titre de contre-projet indirect à l'initiative précitée de l'UDC (N 1187)¹⁷⁶⁶. 1189

Enfin, en juin 2012, le Tribunal fédéral a rendu une décision modifiant sa jurisprudence concernant la qualité pour recourir dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire. Il précise que, au regard du devoir de motivation introduit dans la LN en 2009, l'art. 14 aLN (art. 11 LN) confère aux personnes requérantes une situation juridique suffisamment précise pour qu'elles puissent *invoquer la protection contre l'arbitraire et le droit à l'égalité de traitement* devant lui¹⁷⁶⁷. Cet élargissement de la qualité pour recourir lui permet d'étendre son examen à l'arbitraire et donc également de revoir si les 1190

¹⁷⁵⁹ TORNAY (2008), p. 317.

¹⁷⁶⁰ TORNAY (2008), p. 319.

¹⁷⁶¹ Message du Conseil fédéral du 25 octobre 2006 relatif à l'initiative populaire fédérale « pour des naturalisations démocratiques », FF 2006 8481, 8482.

¹⁷⁶² Chancellerie fédérale, Votation n°532 (Initiative populaire du 18.11.2005 « pour des naturalisations démocratiques »), in : <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20080601/det532.html> (consulté le 10 avril 2022).

¹⁷⁶³ CR Cst. – GUTZWILLER CÉLINE, art. 38 N 43.

¹⁷⁶⁴ UEBERSAX/PETRY (2016), p. 44.

¹⁷⁶⁵ HANGARTNER (2009), p. 303-304.

¹⁷⁶⁶ ATF 138 I 305, consid. 1.4.2.

¹⁷⁶⁷ ATF 138 I 305, consid. 1.4.

constatations de faits sont manifestement inexacts¹⁷⁶⁸. Cela a également comme conséquence que le Tribunal fédéral peut exercer un contrôle plus étendu sur le respect du droit par les communes et les cantons¹⁷⁶⁹.

1191 Nous pouvons constater qu'en une dizaine d'années, la conception de l'acte de naturalisation a subi *une évolution considérable*. Ce dernier est passé d'un acte politique à une décision administrative garantissant à la personne requérante le respect de ses droits et en particulier le droit à une décision motivée (N 1185). Cette requalification et l'extension de la qualité pour recourir ont permis au Tribunal fédéral de revoir plus largement les affaires relatives à la naturalisation. Cette évolution a également eu des conséquences importantes sur les communes en ne leur permettant plus de décider d'une naturalisation par les urnes (N 1185). En outre, en reconnaissant la possibilité aux personnes requérantes de faire valoir leurs droits procéduraux et de former un recours contre une décision négative, le Tribunal fédéral réduit la marge de manœuvre des communes et des cantons dans ce domaine et accorde une protection juridique accrue aux personnes étrangères candidates à la naturalisation.

2. La marge de manœuvre des autorités dans la procédure de naturalisation

a. La marge de manœuvre dans la détermination des conditions de naturalisation

(i) *Les conditions de naturalisation*

1192 Les autorités communale et cantonale sont au bénéfice d'un *pouvoir d'appréciation important* pour déterminer si les différentes conditions matérielles de la naturalisation sont remplies (art. 11-12 LN). Ce pouvoir d'appréciation se traduit en particulier à travers l'usage de notions juridiques indéterminées qui vont servir de base à l'autorité pour rendre sa décision¹⁷⁷⁰. Il permet une évaluation concrète et globale des demandes, en fonction notamment des particularités personnelles des candidats (âge, niveau de formation, handicap, qualité de réfugié ; cf. art. 12 al. 2 LN)¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁸ UEBERSAX/PETRY (2016), p. 45 ; VON RÜTTE/SCHLEGEL (2016), N 41.

¹⁷⁶⁹ UEBERSAX (2018), p. 27.

¹⁷⁷⁰ SOW DIEYLA/MAHON PASCAL, in : Amarelle/Nguyen (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. V : LN, art. 14, N 6-7.

¹⁷⁷¹ GUTZWILLER (2016), p. 41.

Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, la révision de la LN a notamment eu pour conséquence d'encadrer plus strictement la notion d'intégration (N 845). En effet, les différents critères d'intégration posés à l'art. 12 LN et détaillés dans l'OLN, comme l'attestation de compétences linguistiques (minimum un niveau B1 à l'oral et A2 à l'écrit ; art. 6 OLN) et la mise en place du programme d'encouragement linguistique *fide, augmentent la densité normative* de cette notion. La révision de la loi étant récente, il y a encore peu de recul et de jurisprudence fédérale la concernant¹⁷⁷². 1193

Cependant, en augmentant la densité normative, nous pouvons estimer que ces changements *diminuent d'autant la marge de manœuvre des autorités*. Par exemple, pour la naturalisation ordinaire, il est maintenant nécessaire que la personne étrangère soit titulaire d'une autorisation d'établissement (art. 9 al. 1 let. a LN ; N 1129). Dès lors, une personne séjournant depuis longtemps en Suisse, mais n'ayant pas réussi, pour une raison ou une autre, à stabiliser son statut avec une autorisation d'établissement ne pourra pas accéder à la naturalisation ordinaire¹⁷⁷³. 1194

Or, la marge de manœuvre peut s'avérer *nécessaire pour prendre en compte adéquatement les circonstances particulières du cas d'espèce* et continuer à permettre une interprétation dynamique en adéquation avec l'évolution de la société. Si nous reprenons la notion d'intégration, la codification des critères d'intégration semble ainsi plutôt opérer une hausse des exigences d'intégration à l'égard des personnes étrangères¹⁷⁷⁴. 1195

Enfin, malgré la latitude de jugement et la composante politique de la décision de naturalisation, la procédure éponyme n'est *pas un processus « libre de droit » (« rechtfrei »)* puisqu'elle détermine le statut juridique de personnes (N 1185). En effet, selon les art. 46 et 49 Cst., les cantons doivent mettre en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi. Les autorités doivent donc exercer leur pouvoir d'appréciation de manière *conforme au sens et au but de la LN (« nach pflichtgemäss Ermessen » ; N 323)* car il s'agit d'un acte d'application du droit¹⁷⁷⁵. 1196

¹⁷⁷² Cf. cependant arrêt du TF 1D_4/2021 du 8 mars 2022 (destiné à la publication) qui analyse la question des connaissances linguistiques. Cet arrêt est traité au point III. B. 5.

¹⁷⁷³ KURT (2017), p. 24.

¹⁷⁷⁴ KURT STEFANIE, Le jeu de l'échelle de l'intégration juridique en Suisse, billet de blog NCCR-onthemove, septembre 2021 (<https://nccr-onthemove.ch/blog/le-jeu-de-lechelle-de-lintegration-juridique-en-suisse/?lang=fr>; consulté le 10 avril 2022) ; TRAN (2021), p. 41.

¹⁷⁷⁵ ATF 146 I 49, consid. 2.6, 140 I 99, consid. 3.1, 138 I 305, consid. 1.4.3 et 129 I 232, consid. 3.3 ; BIANCHI (2004), p. 416 ; DI DONATO/MAHON (2020), Définir l'intégration : significations légales actuelles, in : La fabrique de l'intégration, p. 123 ; RASELLI (2011), p. 587.

(ii) *Un droit à la naturalisation ?*

- 1197 Si le droit fédéral accorde une marge de manœuvre plus ou moins importante concernant les conditions particulières, il ne prévoit *aucun droit à la naturalisation*¹⁷⁷⁶. Cependant, les autorités doivent procéder à un examen des conditions du cas d'espèce en tenant compte des droits fondamentaux et des principes constitutionnels tels que l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.), l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.) et les garanties procédurales (art. 29 et 29a Cst.)¹⁷⁷⁷.
- 1198 Dès lors, si toutes les conditions sont remplies et qu'il n'y a pas de motifs conformes à la Constitution pour refuser la naturalisation, un tel refus est *arbitraire et contraire à l'égalité de traitement*¹⁷⁷⁸. Le cadre donné par les principes constitutionnels et les directives du SEM¹⁷⁷⁹ réduisent ainsi le pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente¹⁷⁸⁰. À cet égard, plusieurs auteurs parlent d'un *quasi-droit* ou d'un droit indirect à la naturalisation¹⁷⁸¹. Le Tribunal fédéral va également dans ce sens en disant que, en l'absence de motifs valables, il n'y a pas de pouvoir d'appréciation permettant de refuser la naturalisation, c'est pourquoi la situation juridique se rapproche, à cet égard, au moins d'une situation de droit (« *Anspruchssituation* »)¹⁷⁸².
- 1199 Le Tribunal administratif fédéral semble avoir un *avis plus nuancé*. En effet, dans l'examen du refus du SEM d'accorder l'autorisation fédérale de naturalisation, il rappelle que cette procédure « est caractérisée par la grande liberté d'appréciation dont jouit le SEM. Il n'existe pas, en particulier, de droit à l'octroi de l'autorisation fédérale, quand bien même le candidat à la naturalisation remplirait apparemment toutes les conditions légales [...] ». Cela étant, une doctrine récente suggère qu'il pourrait exister un « quasi-droit » à la naturalisation

¹⁷⁷⁶ ATF 146 I 49, consid. 2.7 et 138 I 305, consid. 1.4.5 ; UEBERSAX ET AL. (2021), p. 347.

¹⁷⁷⁷ ATF 146 I 49, consid. 2.6 et 138 I 305, consid. 1.4.3 ; CARONI ET AL. (2018), p. 542 ; UEBERSAX ET AL. (2021), p. 340.

¹⁷⁷⁸ ATF 146 I 49, consid. 2.7 et 138 I 305, consid. 1.4.5.

¹⁷⁷⁹ SEM, Manuel Nationalité pour les demandes dès le 1.1.2018, Chapitre 3 : Naturalisation ordinaire.

¹⁷⁸⁰ BIANCHI (2004), p. 417-418.

¹⁷⁸¹ DI DONATO/MAHON (2020), Définir l'intégration : significations légales actuelles, in : La fabrique de l'intégration, p. 124 ; SOW DIEYLA/MAHON PASCAL, in : Amarelle/Nguyen (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. V : LN, art. 14, N 8 ; UEBERSAX ET AL. (2021), p. 347 ; UEBERSAX/PETRY (2016), p. 40.

¹⁷⁸² ATF 146 I 49, consid. 2.7.

et que le principe précité devrait être nuancé¹⁷⁸³. Il reste qu'en naturalisant, l'Etat ne répond pas seulement à un désir de l'étranger, il défend en même temps ses propres intérêts »¹⁷⁸⁴.

En outre, si la loi fédérale sur la nationalité ne prévoit pas de droit à la naturalisation, les *cantons peuvent le prévoir* dans leur législation¹⁷⁸⁵. Pour les cantons qui ont fait usage de cette possibilité, cela a comme conséquence de restreindre le pouvoir d'appréciation des autorités compétentes¹⁷⁸⁶. Certains cantons¹⁷⁸⁷ ont prévu un droit à l'obtention du droit de cité communal lorsque les conditions des droits fédéral et cantonal sont remplies. Cependant, il ne s'agit pas d'un réel droit à la naturalisation, mais plutôt d'une restriction ou d'une suppression de l'autonomie communale en vertu du droit cantonal pour une certaine catégorie de demandeurs¹⁷⁸⁸. 1200

b. L'étendue du pouvoir d'examen des tribunaux fédéraux

Dans la procédure de naturalisation ordinaire, *l'étendue du pouvoir d'examen* du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral *est très différente*. En effet, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est limité légalement par la LTF, qui prévoit que seule la violation des droits constitutionnel peut être revue dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire (art. 116 LTF). Quant à celui du Tribunal administratif fédéral, il est inversement étendu puisque celui-ci peut revoir les griefs relatifs au fait, au droit et à l'opportunité (art. 49 PA). Dès lors, il est au bénéfice de la même cognition que l'autorité inférieure¹⁷⁸⁹. 1201

Cependant, nous l'avons vu à plusieurs reprises, la procédure de naturalisation est caractérisée par *l'importante marge de manœuvre* des autorités décisionnelles – à savoir les communes et les cantons, mais aussi le SEM – pour apprécier les notions juridiques indéterminées. Dès lors, les Tribunaux fédéraux s'imposent une *certaine retenue* pour revoir les cas. Cette retenue est 1202

¹⁷⁸³ Il cite à cet égard : « arrêt du TAF F-2877/2018 consid. 3.4.1; SOW/MAHON, in : Amarrelle/Nguyen [éd.], vol. V : Loi sur la nationalité [LN], 2014, p. 49, ch. 2.1.2, n° 8, et réf. à l'ATF 138 I 305 ».

¹⁷⁸⁴ Arrêt du TAF F-349/2016 du 10 mai 2019 consid. 5.2, non publié in ATAF 2019 VII/5 et C-2642/2011 du 19 septembre 2012, consid. 5.3.

¹⁷⁸⁵ BIANCHI (2004), p. 416 ; RASELLI (2011), p. 587.

¹⁷⁸⁶ UEBERSAX/PETRY (2016), p. 34.

¹⁷⁸⁷ Par exemple, les cantons de Zurich (§21 al. 1 Gesetz über das Bürgerrecht du 6 juin 1926 [RS-ZH 141.1]) et Soleure (§19 Gesetz über das Kantons- und Gemeindebürgerrecht du 6 juin 1993 [RS-SO 112.11]) (AUER (2016), N 1324).

¹⁷⁸⁸ AUER (2016), N 1324.

¹⁷⁸⁹ ATAF 2019 VII/6, consid. 4.4.

particulièrement marquée dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral qui la thématise expressément lorsqu'il revoit le refus du SEM d'octroyer l'autorisation fédérale au motif de la mise en danger de la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse¹⁷⁹⁰. Elle transparait également dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, en particulier lorsque ce dernier examine le grief relatif à l'autonomie communale¹⁷⁹¹. Cette retenue a plusieurs justifications.

1203 D'abord, le Tribunal administratif fédéral la justifie, d'une part, au vu du large pouvoir d'appréciation du SEM et, d'autre part, au vu des *implications politiques* de la problématique de la sauvegarde des intérêts de la Suisse au travers de ses relations avec l'étranger. Dès lors, la décision du SEM relative à cette condition (art. 11 let. c LN) poursuit un objectif dont la mise en œuvre est d'ordinaire dévolue aux autorités gouvernementales et relève en principe d'un pouvoir discrétionnaire, soustrait au contrôle judiciaire. Le Tribunal administratif fédéral précise que, si cette condition ne saurait être interprétée comme accordant un tel pouvoir discrétionnaire au SEM, il ne peut se reconnaître, en l'occurrence, qu'un pouvoir d'examen réduit. Il ne s'écarte donc pas sans nécessité de l'appréciation du SEM¹⁷⁹².

1204 Ensuite, dans l'examen du grief relatif à l'autonomie communale, le Tribunal fédéral considère que les autorités cantonales et communales sont mieux placées, au vu de leur proximité, pour évaluer l'intégration locale du recourant. Dès lors, il fait preuve de retenue dans la mesure où l'appréciation du litige dépend d'une évaluation des *circonstances locales*, dont les autorités cantonales ont une meilleure vue d'ensemble¹⁷⁹³.

1205 Enfin, ces deux tribunaux ne sont pas des instances spécialisées. Dès lors, pour l'examen de certaines questions, elles doivent faire appel à des *autorités spécialisées* (« *Fachbehörde* »). Tel est en particulier le cas lorsque le Tribunal administratif fédéral se réfère aux observations du SRC pour évaluer la mise en danger de la sureté intérieure et extérieure de la Suisse¹⁷⁹⁴. Tel est également le cas lorsqu'il s'agit d'évaluer le niveau de langue. En effet, le Tribunal fédéral précise qu'il n'est pas au bénéfice de l'expertise nécessaire (« *Fachwissen* ») pour vérifier le niveau de langue requis. En outre, si l'autorité communale ou cantonale doute du niveau de langue d'une personne requérante, elle doit, soit acquérir les connaissances spécialisées nécessaires, soit faire appel à un expert de manière appropriée. Dès lors, si cette dernière refuse de reconnaître le niveau de langue d'une personne, pourtant attesté par un

¹⁷⁹⁰ ATAF 2019 VII/5, consid. 6.4.

¹⁷⁹¹ ATF 137 I 235, consid. 2.5.

¹⁷⁹² ATAF 2019 VII/5, consid. 6.4.

¹⁷⁹³ ATF 146 I 183, consid. 3.1.

¹⁷⁹⁴ Cf. ATAF 2015/1 et 2013/34.

certificat de langue, sans disposer elle-même des connaissances spécialisées, elle tombe dans l'arbitraire¹⁷⁹⁵. L'exigence d'un certificat de langue constitue donc un facteur limitant de la marge de manœuvre des autorités.

L'important pouvoir d'appréciation présent dans la procédure de naturalisation ordinaire, le pouvoir d'examen limité du Tribunal fédéral ainsi que la retenue que s'imposent les instances fédérales dans ce domaine a pour conséquence que les griefs examinés sont *doublement restreints* : d'une part, parce que seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée devant le Tribunal fédéral et d'autre part, parce que les griefs examinés le sont parfois avec retenue. Cela confère un rôle subsidiaire au contrôle des autorités fédérales. 1206

Cette subsidiarité s'exprime également à travers l'exercice du *pouvoir de décision* du Tribunal fédéral. En effet, celui-ci, bien qu'ayant le choix entre la réforme et le renvoi (art. 107 al. 2 LTF), préfère généralement le renvoi car il considère que la commune est au bénéfice d'une grande marge de manœuvre pour accorder ou non la naturalisation alors que le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral n'est que limité. Ce n'est donc pas son rôle de l'accorder¹⁷⁹⁶. Dans les arrêts examinés, le second arrêt concernant la commune de Trimmis fait, à cet égard, office d'exception (N 1171). En effet, au vu de la durée de l'ensemble de la procédure et des critiques à l'égard du recourant qui n'a fait qu'exercer ses droits de manière légitime, le Tribunal fédéral renvoie la cause à la commune de Trimmis et lui ordonne, exceptionnellement, d'accorder la naturalisation¹⁷⁹⁷. 1207

D. Une synthèse intermédiaire

La loi sur la nationalité contient les *dispositions minimales* régissant la procédure de naturalisation ordinaire (N 1118). Cette dernière se déroule aux trois niveaux de l'Etat, à savoir les communes, les cantons et la Confédération (N 1120). La LN comporte plusieurs dispositions procédurales comme l'obligation de motiver le rejet d'une demande de naturalisation (art. 16 LN), la protection de la sphère privée (art. 17 LN) ou encore l'accès au juge (art. 1208

¹⁷⁹⁵ Arrêt du TF 1D_4/2018 du 11 juillet 2019, consid. 4.6-4.7.

¹⁷⁹⁶ Arrêts du TF 1D_1/2019 du 18 décembre 2019, consid. 5 (non publié in ATF 146 I 49), 1D_12/2007 du 27 février 2008, consid. 7 (non publié in ATF 135 I 49) et 1d_11/2007 du 27 février 2008, consid. 6 (non publié in ATF 134 I 56), mais aussi admis et renvoyés, 1D_2/2014 du 11 mars 2015, consid. 6 (non publié in ATF 141 I 60), 1D_3/2013 du 14 février 2014, consid. 3.8 (non publié in ATF 140 I 99) et 1D_8/2008 du 7 juillet 2009, consid. 5 (non publié in ATF 135 I 265).

¹⁷⁹⁷ Arrêt du TF 1D_7/2017 du 13 juillet 2018, consid. 7.1.

29a Cst. et 46 LN) qui permettent d'encadrer la grande marge de manœuvre des autorités dans cette procédure (N 1146).

- 1209 En effet, les différentes conditions matérielles relatives à la naturalisation ordinaire sont rédigées sous forme de *notions juridiques indéterminées*. Il y a en particulier la notion d'intégration (N 1151), la familiarisation avec les conditions de vie en Suisse (N 1155) et la mise en danger de la sûreté intérieure et extérieure de la Suisse (N 1158). Cette latitude de jugement est nécessaire, d'une part, pour laisser une marge de manœuvre aux cantons et, d'autre part, pour permettre un examen prenant en considération les circonstances du cas d'espèce (N 1192).
- 1210 Au niveau fédéral, un recours peut être déposé auprès du *Tribunal fédéral* par le biais du recours constitutionnel subsidiaire (N 1142). Les motifs de recours invocables sont donc restreints : il s'agit des droits constitutionnels. Cela influence sa casuistique. Il examine le respect des garanties procédurales : le respect du principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 et 9 Cst.), le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et la durée de la procédure (art. 29 al. 1 Cst.). Il a également rendu plusieurs jugements sur l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst. ; N 1162ss), l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst. ; N 1169ss) et la garantie de l'autonomie communale (art. 50 Cst. ; N 1175ss).
- 1211 Un recours est également possible auprès du *Tribunal administratif fédéral* lorsque le SEM refuse d'octroyer l'autorisation fédérale de naturalisation. Celui-ci examine principalement la condition relative à la mise en danger de la sûreté intérieure et extérieure de la Suisse (N 1157). Bien que le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral soit étendu, il s'impose une certaine retenue au vu du large pouvoir d'appréciation du SEM (N 1158).
- 1212 L'analyse de la jurisprudence relative à la naturalisation ordinaire nous a permis de mettre en avant les liens que celle-ci entretient avec la problématique de la marge de manœuvre. D'abord, nous avons retracé l'évolution de la conception de l'acte relatif à la naturalisation ordinaire. Cette dernière est *passée d'un acte politique*, sans droit de recours (N 1184) à *une décision administrative*, car elle concerne le statut juridique de personnes individuelles (N 1185). Le Tribunal fédéral a également élargi la qualité pour recourir en reconnaissant un intérêt juridiquement protégé, d'abord en lien avec la violation de l'interdiction des discriminations (N 1186), puis celles de l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire (N 1190). Depuis le début des années 2000, la conception de la naturalisation ordinaire a donc évolué et le contrôle des décisions de naturalisation s'est intensifié.

Ensuite, nous avons vu que les autorités de première instance étaient au bénéfice d'un *pouvoir d'appréciation important*, concrétisé par la présence de nombreuses notions juridiques indéterminées. Cependant, les autorités se doivent de respecter les droits fondamentaux et doivent faire usage de leur pouvoir d'appréciation de manière conforme au sens et but de la LN (N 1196). Dès lors, si toutes les conditions de la naturalisation sont remplies et que l'autorité n'invoque pas des motifs conformes à la Constitution à l'appui d'une décision négative, cette dernière est arbitraire et contraire à l'égalité de traitement. Cela a conduit certains auteurs de doctrine ainsi que le Tribunal fédéral à parler d'un *quasi-droit à la naturalisation* (N 1198). Le Tribunal administratif fédéral semble avoir une position plus nuancée sur la question (N 1199). 1213

Enfin, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, quant à la naturalisation ordinaire, est restreint alors que celui du Tribunal administratif fédéral est étendu. Cependant, ces deux instances s'imposent une certaine *retenue* dans leur examen que ce soit pour respecter la marge de manœuvre et les connaissances des circonstances locales des autorités de première instance (N 1204), eu égard à la composante politique de cette décision (relations de la Suisse avec l'étranger ; N 1203) ou encore leur absence de connaissances techniques sur certaines questions (mise en danger de la sécurité ou évaluation des connaissances linguistiques ; N 1205). Ces restrictions confèrent une certaine subsidiarité au contrôle fédéral (N 1206). 1214

IV. Le contrôle de l'opportunité par le Tribunal administratif fédéral

Après quelques généralités sur le contrôle de l'opportunité (point A.), nous abordons la casuistique relative au contrôle de l'opportunité par le Tribunal administratif fédéral (point B.). Puis, nous proposons une mise en perspective de ce contrôle (point C.). Enfin, nous formulons une synthèse intermédiaire (point D.). 1215

A. Quelques généralités

1. La portée du contrôle de l'opportunité

a. La pertinence du contrôle de l'opportunité

- 1216 La notion d'opportunité est centrale dans ce travail. C'est pourquoi elle a déjà été traitée dans plusieurs chapitres. D'abord, cette notion a été abordée lorsqu'il a fallu la distinguer du contrôle de la proportionnalité d'une décision (N 265ss). Ensuite, elle a été examinée en tant que concrétisation de la liberté d'appréciation des autorités (N 324ss). Enfin, elle a été abordée en tant que motif de recours, à côté de ceux relatifs au fait et au droit (N 487ss).
- 1217 Pour ces aspects, nous nous permettons de renvoyer aux développements faits dans les parties susmentionnées. Il nous reste à définir, ici, *dans quels cas ce grief est pertinent*, à savoir dans quel cas le Tribunal administratif fédéral peut revoir l'opportunité d'une décision en droit des personnes étrangères.
- 1218 En effet, pour que le Tribunal administratif fédéral puisse examiner l'opportunité de la décision rendue par l'autorité précédente, il faut que cette dernière ait été *au bénéfice d'une liberté d'appréciation* pour ce faire. La présence d'une telle liberté d'appréciation doit être examinée pour chaque procédure. C'est notamment ce qu'a fait le Tribunal administratif fédéral lorsqu'il a dû se pencher sur la portée de la suppression du contrôle de l'opportunité de l'art. 106 LAsi (N 868ss).
- 1219 A cet égard, il a déterminé que l'art. 83 al. 4 LEI n'offrait pas une liberté d'appréciation à l'autorité (N 869), que le cas de rigueur prévu à l'art. 14 LAsi faisait matériellement partie du domaine du droit des étrangers pour qu'un contrôle de l'opportunité soit également possible (N 870) et que la suppression du contrôle de l'opportunité diminuait l'étendue de son contrôle dans le cadre de l'examen de la clause de souveraineté Dublin (cf. *infra* N 1224).
- 1220 Contrairement aux deux autres thématiques choisies dans ce chapitre, *peu de jurisprudence publiée* traite du contrôle de l'opportunité en tant que tel. C'est pourquoi, afin de déterminer la portée du contrôle de l'opportunité tel qu'opéré par le Tribunal administratif fédéral, nous avons également examiné les arrêts non publiés. Cet examen a été rendu possible par le fait que seuls quelques arrêts sont expressément admis sur la base du grief relatif à l'opportunité.

b. La portée du contrôle de l'opportunité dans le domaine de l'asile

Si la suppression du contrôle de l'opportunité en droit d'asile est questionnable d'un point de vue dogmatique (N 882), il s'agit maintenant d'examiner quelle a été son *influence sur la jurisprudence* du Tribunal administratif fédéral. Ce dernier, étant partisan de l'approche dualiste¹⁷⁹⁸, distingue les questions relevant d'une latitude de jugement de celles relevant d'une liberté d'appréciation. C'est donc seulement en présence d'une marge de manœuvre découlant d'une liberté d'appréciation que son contrôle est restreint depuis l'abrogation de l'art. 106 al. 1 let. c LAsi. Nous allons examiner pourquoi cette précision limite considérablement la portée de la suppression du grief de l'inopportunité. 1221

En droit d'asile, le Tribunal administratif fédéral examine principalement les questions relatives à la *qualité de réfugié* (art. 3 LAsi) et à la *vraisemblance* des faits (art. 7 LAsi). Si toutes les conditions relatives à la reconnaissance de la qualité de réfugié sont remplies, le SEM se doit de la reconnaître. Il n'a donc aucune marge de manœuvre dans ce cas-là¹⁷⁹⁹ et la suppression du contrôle de l'opportunité n'a pas d'influence sur cet aspect. Par ailleurs, si la vraisemblance est une notion juridique indéterminée, elle peut, à ce titre, être librement examinée dans le cadre d'un contrôle de la légalité¹⁸⁰⁰. 1222

Il s'ensuit que le cas de figure qui semble être principalement pertinent pour notre analyse est celui de l'application de la *clause de souveraineté* dans le cadre du Règlement Dublin III¹⁸⁰¹, qui est concrétisée, en droit interne, à l'art. 29a al. 3 OA 1. Cette disposition prévoit que « le SEM peut, pour des raisons humanitaires, également traiter la demande lorsqu'il ressort de l'examen qu'un autre Etat est compétent ». Cet alinéa comprend une notion juridique indéterminée (« *raisons humanitaires* »), mais laisse également une liberté d'appréciation au SEM (« *peut* »). C'est dans l'examen de cette dernière composante que le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral est désormais réduit¹⁸⁰². 1223

¹⁷⁹⁸ ATAF 2015/9, consid. 6.2.

¹⁷⁹⁹ ATAF 2010/54, consid. 7.7.

¹⁸⁰⁰ LE FORT (2014), p. 230.

¹⁸⁰¹ La clause de souveraineté est prévue à l'art. 17 par. 1 Règlement (UE) N° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), L 180/31.

¹⁸⁰² ATAF 2015/9, consid. 8.1.

c. Le contrôle de l'opportunité dans le cadre de l'application de la clause de souveraineté

- 1224 Le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé sur la question de l'étendue de son pouvoir d'examen en lien avec l'application de la clause de souveraineté Dublin dans l'arrêt de principe publié sous *ATAF 2015/9*. À cet effet, il explique que « la modification de l'art. 106 al. 1 LAsi a restreint le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral quant à la question de savoir s'il se justifie d'appliquer ou non la clause de souveraineté, en relation avec l'art. 29a al. 3 OA 1 »¹⁸⁰³.
- 1225 Cependant, le Tribunal administratif fédéral *doit tout de même vérifier que le SEM a correctement exercé son pouvoir d'appréciation*. Cela implique qu'il vérifie que le SEM a établi de manière complète l'état de fait et a procédé à un examen de toutes les circonstances pertinentes. En outre, son choix doit être fait en fonction de critères admissibles qui doivent être transparents et objectifs ou plutôt raisonnables, faute de quoi l'autorité tombe dans l'arbitraire. Le SEM doit également se conformer aux exigences découlant du droit d'être entendu, de l'égalité de traitement et de la proportionnalité¹⁸⁰⁴. Si à la suite de cet examen, le Tribunal administratif fédéral arrive à la conclusion que le SEM a constaté les faits pertinents de manière exacte et complète et exercé son pouvoir d'appréciation conformément à la loi, il ne peut plus substituer son appréciation à celle de celui-ci¹⁸⁰⁵. C'est sur ce dernier point que se cristallise la différence entre un pouvoir d'examen étendu à la légalité ou à l'opportunité.
- 1226 Afin de compenser cette restriction à son pouvoir d'examen, le Tribunal administratif fédéral précise encore que le SEM a l'obligation d'indiquer, de manière explicite, les raisons pour lesquelles il estime qu'il y a lieu ou non d'appliquer la clause de souveraineté. Il doit *motiver sa décision* de manière à ce que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement et à ce que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle, notamment en vérifiant s'il n'y a pas eu d'excès du pouvoir d'appréciation ou d'arbitraire. L'étendue de la motivation se définit selon les circonstances du cas particulier. L'obligation de motiver est ainsi plus stricte lorsque la décision repose sur un pouvoir de libre appréciation de l'autorité, lorsqu'elle fait appel à des notions juridiques

¹⁸⁰³ ATAF 2015/9, consid. 8.1.

¹⁸⁰⁴ ATAF 2015/9, consid. 8.1.

¹⁸⁰⁵ ATAF 2015/9, consid. 8.1 *in fine*.

indéterminées, lorsqu'elle porte gravement atteinte à des droits individuels ou lorsque l'affaire est particulièrement complexe¹⁸⁰⁶.

Les arrêts postérieurs à cet arrêt de principe concernant l'application de la clause de souveraineté se contentent généralement de relever – dans un considérant type – que l'opportunité ne peut plus être examinée au fond depuis l'abrogation de l'art. 106 al. 1 let. c LAsi et renvoient pour le surplus aux développements faits dans l'ATAF 2015/9¹⁸⁰⁷. 1227

En pratique, au vu du peu de cas admis pour inopportunité de la décision, les conséquences de la suppression de ce grief semblent être à relativiser. Cette suppression a surtout des (potentiels) effets sur certains *cas limites* dans lesquels le Tribunal administratif fédéral aurait pu admettre le recours pour inopportunité alors qu'il se voit obligé de le rejeter du point de vue de la légalité et de l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation. 1228

2. La procédure d'approbation

a. En général

La procédure d'approbation prévue par l'art. 99 LEI permet au SEM d'émettre un *droit de veto* sur certains types de décisions rendues par les autorités administratives et de recours cantonales¹⁸⁰⁸. Dans les cas prévus, le SEM peut refuser son approbation, en limiter la durée ou l'assortir de conditions et charges¹⁸⁰⁹. 1229

Cette possibilité est généralement prévue dans les cas où la personne étrangère ne dispose pas d'un droit à l'autorisation de séjour, comme par exemple les cas individuels d'une extrême gravité (art. 30 al. 1 let. b LEI). Cependant, certaines procédures où la personne dispose d'un droit à l'autorisation sont également soumises à l'approbation du SEM. Tel est, par exemple, le cas de la prolongation de l'autorisation de séjour suite à la dissolution de la famille 1230

¹⁸⁰⁶ Arrêts du TAF D-3075/2019 du 25 juin 2019 ; F-2743/2019 du 13 juin 2019, consid. 5.2 ; F-6335/2018 du 15 novembre 2018, consid. 6.1 ; E-504/2016 du 5 novembre 2018, consid. 5.4.

¹⁸⁰⁷ Parmi d'autres, arrêts du TAF F-1499/2018 du 25 octobre 2019, consid. 11.1 ; D-3075/2019 du 25 juin 2019 et E-1636/2017 du 22 mars 2017 et E-7257/2016 du 1^{er} décembre 2016.

¹⁸⁰⁸ NGUYEN (2015), p. 45.

¹⁸⁰⁹ Cf. art. 99 al. 2 LEI.

(art. 50 al. 1 let. a LEI)¹⁸¹⁰ ou si la personne étrangère peut se prévaloir de l'ALCP¹⁸¹¹.

1231 À cet égard, le SEM – ou sur recours, le Tribunal administratif fédéral – n'est pas lié par le préavis positif de l'autorité cantonale, ce qui lui permet de s'écarter de l'appréciation faite par cette dernière¹⁸¹². Selon les directives du SEM, cette procédure se justifie par le fait qu'elle lui permet d'assurer une politique cohérente et unifiée en matière d'étrangers ainsi qu'une application uniforme du droit fédéral en la matière¹⁸¹³. Cette procédure assure donc la coordination entre les différentes pratiques cantonales¹⁸¹⁴.

b. La marge de manœuvre des autorités dans la procédure d'approbation

1232 Dans les procédures d'approbation dans lesquelles la personne étrangère n'a pas de droit à se voir délivrer une autorisation, à savoir, en particulier, en présence de dispositions potestatives comme le cas de rigueur (N 1229), le SEM dispose d'un pouvoir quasi-discretionnaire, bien qu'il reste soumis au respect des principes généraux du droit public¹⁸¹⁵.

1233 Quant au Tribunal administratif fédéral, il est au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen (art. 49 PA ; N 899). Dans l'arrêt 2C_800/2019 du 7 février 2020 rendu à cinq juges, le Tribunal fédéral a considéré que l'objet de la procédure d'approbation est l'*autorisation de séjour en tant que telle*. Quant aux dispositions légales applicables, ainsi qu'aux faits pertinents de la cause, ils ne sont que des éléments de la motivation et ne constituent pas l'objet du litige¹⁸¹⁶. Il en découle que les autorités cantonales, mais aussi le SEM et le Tribunal administratif fédéral doivent examiner l'ensemble des faits pertinents et des bases légales pouvant amener à l'octroi d'une autorisation¹⁸¹⁷. Le Tribunal administratif fédéral ne peut donc pas limiter son examen à certaines bases légales seulement. Cette solution se justifie également en vue d'éviter des situations contradictoires entre la procédure cantonale de décision et la procédure

¹⁸¹⁰ Art. 4 let. d OA-DFJP ; Arrêt du TAF F-1132/2015 du 11 décembre 2017.

¹⁸¹¹ Art. 4 let. e OA-DFJP ; Arrêt du TF 2C_800/2019 du 7 février 2020.

¹⁸¹² ATAF 2021 VII/1, consid. 5 et Arrêt du TAF F-1332/2015 du 11 décembre 2017, consid. 3.

¹⁸¹³ Message du Conseil fédéral du 2 mars 2018 relatif à la révision de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) (Normes procédurales et systèmes d'information), FF 2018 1673, 1691 ; SEM, Directives LEI, chap. 1.3.1, p. 16 (état au 1^{er} mars 2022).

¹⁸¹⁴ CHATTON ET AL. (2021), p. 83 ; NGUYEN (2015), p. 44.

¹⁸¹⁵ ATAF 2021 VII/1, consid. 8.2.

¹⁸¹⁶ Arrêt du TF 2C_800/2019 du 7 février 2020, consid. 3.4.2 qui cite l'arrêt du TF 2C_1140/2015 du 7 juin 2016 consid. 2.2.1.

¹⁸¹⁷ Arrêt du TF 2C_800/2019 du 7 février 2020, consid. 3.4.4.

fédérale d'approbation¹⁸¹⁸. Suite à cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral a dû adapter sa pratique établie concernant la délimitation de l'objet du litige et l'élargir à l'ensemble des bases légales pertinentes au cas d'espèce¹⁸¹⁹.

B. La casuistique relative au contrôle de l'opportunité

1. Le contrôle de l'opportunité en droit d'asile et la portée de sa suppression

a. Les arrêts admis pour inopportunité de la décision

Sur le grand nombre de décisions rendues dans le domaine de l'asile, peu de recours ont été admis pour inopportunité de la décision de l'instance inférieure, avec mention expresse de l'art. 106 al. 1 let. c LAsi. Les quelques cas admis sur la base de ce grief semblent être des *cas limites* où la décision n'est pas clairement illégale mais où, pour des raisons humanitaires, elle ne paraît pas appropriée. 1234

L'admission d'un recours sur cette base permet également de *laisser ouverte d'autres questions* juridiques telles que la violation de l'unité familiale au sens de l'art. 8 CEDH en cas de transfert d'un membre de la famille nucléaire¹⁸²⁰ ou encore d'admettre que le transfert vers un pays comme la Hongrie apparaît comme inopportun sans pour autant le taxer d'illégal et de courir le risque de devoir suspendre tous les transferts vers ce pays¹⁸²¹. Dès lors, sur la base des arrêts analysés, deux cas de figure semblent ressortir. 1235

Dans le premier cas de figure, à savoir dans six arrêts¹⁸²², la personne étrangère avait une *relation personnelle avec une autre personne issue de la migration et au bénéfice d'un titre de séjour en Suisse* (permis F ou B). Dans les quatre 1236

¹⁸¹⁸ Arrêt du TF 2C_800/2019 du 7 février 2020, consid. 3.4.4.

¹⁸¹⁹ ATAF 2020 VII/2, consid. 4.3; il abandonne ainsi sa formule « les autorités fédérales ne peuvent se prononcer sur l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu d'une autre disposition que celle dont l'autorité cantonale a fait application » (ATAF 2020 VII/2, consid. 5.3).

¹⁸²⁰ Arrêts du TAF E-4273/2013 du 5 décembre 2013 ; D-6176/2012 du 1^{er} mars 2013 ; D-6179/2011 du 5 novembre 2012 ; E-2430/2012 du 3 août 2012.

¹⁸²¹ Arrêts du TAF E-3837/2012 du 30 octobre 2013 et E-3742/2013 du 19 décembre 2013.

¹⁸²² Arrêts du TAF E-4273/2013 du 5 décembre 2013 ; D-1737/2013 du 26 juillet 2013 ; D-6176/2012 du 1^{er} mars 2013 ; D-5877/2012 du 20 février 2013 ; D-6179/2011 du 5 novembre 2012 ; E-2430/2012 du 3 août 2012.

cas où le conjoint était au bénéfice d'une autorisation de séjour¹⁸²³, il avait un droit au regroupement familial et dans les deux cas où le conjoint était au bénéfice d'un permis F, l'arrêt a été rendu quelques jours avant l'échéance du délai de trois ans après lequel la personne admise provisoirement peut déposer une demande de regroupement familial (cf. art. 85 al. 7 LEI). Dans ces six cas, la séparation a été considérée par le Tribunal administratif fédéral comme matériellement inutile et inopportune d'un point de vue humanitaire (« *sachlich unnötig und unter humanitären Gesichtspunkt unangemessen erschiene* »). Ces six recours ont été admis sur la base de l'art. 106 al. 1 let. c LAsi en lien avec l'art. 29a OA 1¹⁸²⁴ et renvoyés au SEM pour examen en procédure nationale.

1237 Un septième cas qui se rapproche des six précités est celui d'une recourante enceinte dont le conjoint – ils avaient fait un mariage islamique et non civil – était au bénéfice d'un permis F en Suisse. Celle-ci devait normalement être transférée en Italie. Cependant, au vu de sa relation avec une personne au bénéfice d'un permis F (son conjoint et le père de son enfant) et du statut précaire des femmes seules et enceintes en Italie, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'elle remplissait les conditions de l'art. 15 par. 2 Règlement Dublin II et que le transfert aurait été inopportun au sens de l'art. 106 al. 1 let. c LAsi¹⁸²⁵.

1238 Le second cas de figure à relever est celui où le *cumul de différents critères* faisant chacun apparaître la demande comme problématique d'un point de vue humanitaire peut amener le SEM à devoir entrer en matière sur la demande d'asile¹⁸²⁶, car ce qui est déterminant est l'appréciation de la situation dans son ensemble¹⁸²⁷ :

- le premier critère pris en compte dans l'analyse du Tribunal administratif fédéral a trait à la *vulnérabilité particulière* de la personne visée par le transfert. En effet, presque tous les arrêts analysés concernent soit une femme seule, enceinte ou avec un ou plusieurs enfants, soit une famille¹⁸²⁸.

¹⁸²³ Dans l'arrêt du TAF D-1737/2013, le recourant n'est pas marié avec sa compagne au bénéfice d'un permis B, mais ils ont un enfant commun et elle est enceinte du deuxième.

¹⁸²⁴ Ou l'art. 3 par. 2 Règlement Dublin II (Règlement (CE) N°343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers) ; Le Règlement Dublin II a été remplacé le 19 juillet 2013 par le Règlement Dublin III.

¹⁸²⁵ Arrêt du TAF E-1727/2011 du 6 septembre 2011.

¹⁸²⁶ ATAF 2011/9, consid. 8.2.

¹⁸²⁷ Arrêt du TAF E-3260/2014 du 26 septembre 2017, consid. 7.3.1.

¹⁸²⁸ Arrêt du TAF E-3837/2012 du 30 octobre 2013.

- à cet aspect vient s'ajouter celui de *l'état de santé* de la personne requérante. Le Tribunal administratif fédéral précise, à cet égard, que peuvent entrer en ligne de compte dans l'appréciation d'ensemble, la gravité de la maladie, le besoin d'un traitement médical (sa nature, spécificité, complexité et durée prévisible), la durée et les premiers résultats du traitement prodigués en Suisse, les effets d'une éventuelle interruption de celui-ci et les possibilités réelles d'accès dans l'Etat de destination à un traitement spécifique comparable ou du moins adéquat¹⁸²⁹.
- il est également tenu compte du *parcours de vie* de la personne. Ce dernier aspect a été développé pour une femme afghane, accompagnée de sa fille, et qui avait dû financer sa fuite en se prostituant, fuyant un mari violent, ayant menacé de vendre leur fille pour du sexe¹⁸³⁰.
- un autre critère est celui de la *situation dans le pays de transfert*. En effet, les arrêts analysés concernent la Pologne, l'Italie ou la Hongrie. Ces deux derniers pays avaient, déjà à l'époque des arrêts analysés, soit entre 2011 et 2013, des situations d'accueil problématiques nécessitant un examen approfondi de chaque cas de figure (détention en Hongrie, difficulté d'accès à un logement et à des soins médicaux)¹⁸³¹.

L'admission du recours seulement lorsque sont conjugués plusieurs critères met en exergue l'importance de l'analyse de la *situation dans son ensemble*¹⁸³². En outre, plus un cas d'espèce présente de facteurs graves et/ou défavorables à un transfert, plus la liberté d'appréciation laissée à l'autorité se trouve restreinte en vertu du principe de proportionnalité et plus grandes doivent être les chances de reconnaître l'existence de raisons humanitaires¹⁸³³. Comme pour le premier cas de figure, tous les arrêts analysés ont été admis pour inopportunité de la décision en lien avec l'art. 29a OA 1 et renvoyés au SEM pour examen en procédure nationale.

1239

¹⁸²⁹ Arrêts du TAF E-3260/2014 du 26 septembre 2017, consid. 7.3.1 et E-7771/2010 du 22 juin 2011.

¹⁸³⁰ Arrêt du TAF E-3742/2013 du 19 décembre 2013, consid. 4.5.

¹⁸³¹ De manière générale, TAF E-3742/2013 du 19 décembre 2013 ; E-3837/2012 du 30 octobre 2012 ; E-1495/2010 du 30 mai 2011.

¹⁸³² Pour un développement dans ce sens, cf. MONNET (2015), p. 427.

¹⁸³³ TAF E-3260/2014 du 26 septembre 2017, consid. 7.3.1.

b. Les principes guidant le pouvoir d'appréciation dans l'application de la clause de souveraineté

- 1240 Toujours en cas d'application de la clause de souveraineté, le Tribunal administratif fédéral a rendu un arrêt de principe, l'*ATAF 2011/9*. Il expose d'abord sa décision en relevant que, s'agissant d'une disposition potestative, le SEM dispose d'un pouvoir d'appréciation certain (« *gewissen Ermessensspielraum* ») dans l'application de cette disposition (art. 29a al. 3 OA 1). Cependant, celui-ci disparaît en cas de potentielle violation du droit international public, en particulier le principe de non-refoulement (art. 3 CEDH) et, dans ce cas, le SEM doit entrer en matière. Or, tout en conservant une pratique restrictive, ce dernier peut aussi être tenu d'entrer en matière sur la base d'autres raisons humanitaires moins impératives (« *weniger zwingenden humanitären Gründen* »), au profit du bien-être du requérant d'asile¹⁸³⁴.
- 1241 À cet égard, le Tribunal administratif fédéral poursuit son raisonnement en expliquant que si, après une pesée des différents intérêts en présence, plusieurs motifs font apparaître le transfert comme problématique du point de vue humanitaire (« *aus humanitärer Sicht problematisch erscheinen* »), le SEM doit y renoncer et entrer en matière sur la demande¹⁸³⁵.
- 1242 En l'espèce, l'appréciation d'ensemble amène à admettre l'existence de motifs humanitaires à cause des expériences traumatisantes vécues dans le pays d'origine (Russie), en Pologne et en Autriche, le traitement médical nécessaire commencé depuis presque deux ans en Suisse et le fait qu'un traitement approprié ne serait pratiquement pas possible en Pologne (pays de transfert selon le Règlement Dublin II). Le Tribunal administratif fédéral admet donc le recours sans en préciser clairement le fondement (légalité ou opportunité)¹⁸³⁶.
- 1243 Cet arrêt comporte deux éléments intéressants. Premièrement, le Tribunal administratif fédéral ne précise pas ce qu'il entend par raisons humanitaires « moins impératives », ni quels sont les différents facteurs propres à rendre le transfert « problématique ». Deuxièmement, le cumul de différents motifs (N 1241) se rapproche de ce que nous avons identifié comme second cas de figure de recours admis pour inopportunité (N 1238ss).

¹⁸³⁴ ATAF 2011/9, consid. 8.1.

¹⁸³⁵ ATAF 2011/9, consid. 8.2.

¹⁸³⁶ ATAF 2011/9, consid. 8.3.

2. Le contrôle de l'opportunité en droit des étrangers et du droit de cité

a. La distinction entre l'opportunité et la proportionnalité

Lorsque le Tribunal administratif fédéral revoit une question pour laquelle le SEM est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation, il s'assure que le SEM a fait un usage correct de celui-ci et que la décision est opportune. À cet égard, *le principe de proportionnalité*, qui exige une mise en balance des intérêts privés et publics concernés, revêt une importance particulière dans ce contexte. Selon la jurisprudence, le point de départ de l'examen est la considération des biens juridiques violés ou menacés, les spécificités du comportement illégal et la situation personnelle de la personne étrangère concernée et la pondération des intérêts publics et privés qui en découlent (art. 96 LEI)¹⁸³⁷. 1244

Dans l'arrêt du *TAF C-6231/2007 du 7 novembre 2008*, le Tribunal administratif fédéral examine une interdiction d'entrée prononcée par le SEM sous l'ancien droit (art. 13 LSEE). Il arrive à la conclusion qu'elle est justifiée dans son principe, les recourants n'ayant pas de visa en bonne et due forme pour transiter par la Suisse depuis la Turquie. Cependant, au vu de la situation particulière et de la pesée des intérêts en présence, il arrive à la conclusion que la durée de deux ans doit être réduite à la date de l'arrêt (à savoir environ huit mois avant la fin de l'interdiction d'entrée). Il admet ainsi (partiellement) l'arrêt sous l'angle de l'inopportunité de la décision¹⁸³⁸. 1245

Dans l'arrêt du *TAF C-121/2006 du 12 novembre 2008*, également rendu sous l'ancien droit, le Tribunal administratif fédéral conclut que l'interdiction d'entrée prononcée par le SEM est justifiée dans son principe, la recourante ayant travaillé sans autorisation. Toutefois, après une pesée des intérêts, la durée de la mesure – compte tenu des circonstances temporelles – de trois ans semble inopportune et le Tribunal administratif fédéral considère que l'effet souhaité peut également être obtenu avec une durée plus courte, de deux ans. Dès lors, il admet partiellement le recours¹⁸³⁹. 1246

Dans l'arrêt du *TAF C-5232/2014 du 18 mars 2015*, le Tribunal administratif fédéral examine une interdiction d'entrée prononcée par le SEM. Il arrive à la conclusion qu'elle est justifiée sur son principe et se penche ensuite sur sa 1247

¹⁸³⁷ Arrêts du TAF F-3614/2019 du 30 avril 2020, consid. 7.1 ; C-5232/2014 du 18 mars 2015, consid. 6 ; C-121/2006 du 12 novembre 2008, consid. 4.1 et C-6231/2007 du 7 novembre 2008, consid. 7.1.

¹⁸³⁸ Arrêt du TAF C-6231/2007 du 7 novembre 2008, consid. 7.

¹⁸³⁹ Arrêt du TAF C-121/2006 du 12 novembre 2008, consid. 4.

durée (huit ans) qui est supérieure à cinq ans, puisqu'il est retenu que le recourant représente une menace grave pour la sécurité et l'ordre public (art. 67 al. 3 LEtr). Pour ce faire, il vérifie si le SEM a correctement fait usage de son pouvoir d'appréciation et si la décision est opportune. À cet égard, il précise l'importance du principe de la proportionnalité, concrétisé dans ce domaine à l'art. 96 LEtr. Il procède donc à une pesée des intérêts publics et privés en présence et arrive à la conclusion que la durée de huit ans est proportionnée. Cependant, il considère que, sous l'angle de l'opportunité, cette durée est trop longue et la ramène à sept ans. Dans ce contexte, il tient compte du fait que l'interdiction d'entrée n'a pas été prononcée peu après le départ du recourant, mais un peu plus d'un an plus tard et que, pendant cette période, ce dernier n'a pas commis d'infraction. Compte tenu du fait que l'interdiction d'entrée n'est pas une sanction pour une faute passée, mais qu'elle est conçue comme une mesure de police préventive visant à protéger de futurs troubles de la sécurité et de l'ordre publics, il semble opportun de fixer la durée de l'interdiction d'entrée comme si elle avait été prononcée en temps utile, en vue du départ du requérant de Suisse¹⁸⁴⁰.

- 1248 Dans l'arrêt du *TAF F-3614/2019 du 30 avril 2020*, le Tribunal administratif fédéral examine également la durée d'une interdiction d'entrée prononcée par le SEM. Il suit le même raisonnement que dans l'arrêt du *TAF C-5232/2014* du 18 mars 2015 et procède à une pesée des intérêts publics et privés en présence. Il arrive à la conclusion que la durée de deux ans est trop longue et qu'elle doit être ramenée à une année. À cet égard, il considère que la décision du SEM est inopportune (art. 49 let. c PA) et il admet partiellement le recours¹⁸⁴¹.
- 1249 Dans les quatre arrêts susmentionnés, l'interdiction d'entrée est *reconnue dans son principe mais jugée inopportune quant à sa durée*. Le raisonnement y est similaire. En effet, le Tribunal administratif fédéral y consacre d'abord un considérant dans lequel il rappelle l'importance du principe de la proportionnalité. Il expose ensuite les différents intérêts publics et privés et procède à leur mise en balance. Enfin, il conclut que la durée est inopportune et doit être raccourcie, dans une fourchette allant de quelques mois à une année. Il procède donc à l'examen de la proportionnalité au sens étroit (pesée des intérêts) et conclut que la décision est inopportune.
- 1250 Dans l'arrêt du *TAF C-5232/2014* du 18 mars 2015, il distingue expressément la proportionnalité de l'opportunité de la décision alors que dans les arrêts du *TAF F-3614/2019* du 30 avril 2020, *C-121/2006* du 12 novembre 2008 et *C-*

¹⁸⁴⁰ Arrêt du *TAF C-5232/2014* du 18 mars 2015, consid. 6.5.

¹⁸⁴¹ Arrêt du *TAF F-3614/2019* du 30 avril 2020, consid. 7.

6231/2007 du 7 novembre 2008, il conclut, après pesée des intérêts, que la durée de l'interdiction d'entrée est trop longue et donc la décision inopportune. Or, si, après pesée des intérêts en présence, la durée est considérée comme trop longue la décision n'est pas seulement inopportune, mais également illégale.

La lecture de ces arrêts donne l'impression que l'examen de la proportionnalité se recoupe avec celui de l'opportunité. Pourtant, ces deux aspects constituent deux sphères différentes du contrôle, puisque la légalité – en l'espèce, la proportionnalité – peut également être revue par un tribunal dont le pouvoir d'examen ne s'étend pas à l'opportunité. Ce recoupement interroge sur le contenu résiduel du contrôle de l'opportunité (cf. N 268). 1251

b. Les arrêts admis pour inopportunité

Sur l'ensemble des arrêts rendus par la Cour VI (la Cour III jusqu'au 30 juin 2016 ; N 794) du Tribunal administratif fédéral, peu sont expressément admis sur la base du grief de l'inopportunité de la décision, avec référence à l'art. 49 let. c PA¹⁸⁴². Les cas admis sur cette base constituent donc *une exception*. La plupart des arrêts concernent l'examen d'interdictions d'entrée, en particulier quant à la durée de celles-ci (N 1245ss)¹⁸⁴³. Les autres procédures concernées que nous avons identifiées sont celles relatives aux « cas limites » dans la procédure d'approbation¹⁸⁴⁴ ou des cas de figure très particuliers. 1252

Tel est le cas dans l'arrêt du TAF C-5957/2009 du 24 juillet 2012 où le Tribunal administratif fédéral se penche sur l'annulation de la naturalisation d'un recourant d'origine népalaise et de son fils. L'annulation de la naturalisation suisse a comme conséquence que les recourants se retrouvent apatrides. Le Tribunal administratif fédéral conclut que le recourant, ayant obtenu la naturalisation par des déclarations mensongères (art. 41 al. 1 aLN), doit en supporter les conséquences¹⁸⁴⁵. Cependant, son fils qui n'a que la nationalité suisse se retrouverait apatride et il lui serait difficile d'acquérir la nationalité népalaise. Dès lors, le concernant, la décision d'annulation de la naturalisation 1253

¹⁸⁴² Cette Cour rend chaque année plusieurs centaines de décisions et, selon une recherche que nous avons effectuée, il y a seulement 46 résultats avec la mention de l'art. 49 let. c PA (sur le moteur de recherche push-service des arrêts weblaw). En outre, la plupart des mentions sont seulement faites pour conclure que la décision n'est pas inopportune. Cependant, nous relevons qu'il pourrait y avoir plus d'arrêts admis sur cette base, sans que la base légale soit expressément mentionnée.

¹⁸⁴³ Cf. en particulier, arrêts du TAF F-3614/2019 du 30 avril 2020, C-5232/2014 du 18 mars 2015, C-121/2006 du 12 novembre 2008 et C-6231/2007 du 7 novembre 2008.

¹⁸⁴⁴ Comme nous le voyons ci-après pour la procédure d'approbation ; cf. en particulier arrêt du TAF F-736/2017 du 18 février 2019.

¹⁸⁴⁵ Arrêt du TAF C-5957/2009 du 24 juillet 2012, consid. 10.2.

apparaît inopportune¹⁸⁴⁶. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle LN, il est expressément prévu que la naturalisation ne doit pas être annulée pour un enfant si cela a comme conséquence qu'il se retrouve apatride (art. 36 al. 4 let. b LN). Sous le droit actuel, la même décision aurait donc été illégale et non pas inopportune.

c. Les cas limites dans la procédure d'approbation

- 1254 Dans le cadre de cette procédure, il apparaît, à la lecture de la jurisprudence, une catégorie de cas qualifiés de *cas limites* par le Tribunal administratif fédéral. Ce sont des cas où le SEM a refusé son approbation à une autorisation et où le Tribunal administratif fédéral admet le recours, tout en précisant que c'est un cas limite et que le dossier reste *sous contrôle fédéral* pendant une certaine durée. Laisser le dossier sous contrôle fédéral implique que l'autorité cantonale doit soumettre, chaque année, au SEM, le dossier pour approbation avant de pouvoir prolonger l'autorisation¹⁸⁴⁷.
- 1255 Le Tribunal administratif fédéral a admis des cas limites en lien avec l'examen des questions suivantes :
- l'intégration réussie (art. 50 al. 1 let. a LEI)¹⁸⁴⁸ ;
 - la présence de raisons personnelles majeures (art. 50 al. 1 let. b et 2 LEI et 77 al. 1 let. b et 2 OASA)¹⁸⁴⁹ ;

¹⁸⁴⁶ Arrêt du TAF C-5957/2009 du 24 juillet 2012, consid. 11.2 et 12.

¹⁸⁴⁷ ATAF 2018 VII/3, consid. 6 ; Arrêts du TAF F-5290/2019 du 17 janvier 2022 ; F-2504/2019 du 5 mai 2021, consid. 7.3 ; F-6192/2019 du 26 avril 2021, consid. 7.8 ; F-2865/2019 du 1^{er} février 2021, consid. 11.3 ; F-7142/2018 du 20 janvier 2021, consid. 6.8 ; F-2371/2019 du 27 janvier 2021, consid. 7.9 ; F-4276/2018 du 13 novembre 2020, consid. 9.7 ; F-3879/2018 du 10 septembre 2020, consid. 11 ; F-1377/2018 du 8 juin 2020, consid. 7.2 ; F-6775/2018 du 2 juin 2020, consid. 6.5 ; F-2367/2018 du 22 mai 2020, consid. 7.9.2 ; F-2355/2018 du 9 février 2020, consid. 9 ; F-1192/2018 du 6 janvier 2020, consid. 7 ; F-4884/2017 du 19 novembre 2019, consid. 9.2 ; F-7344/2017 du 24 septembre 2019, consid. 6.3.3 ; F-1382/2017 du 4 septembre 2019, consid. 6.6 ; F-1412/2017 du 16 juillet 2019, consid. 8.1 ; F-736/2017 du 18 février 2019, consid. 7.7 ; F-2782/2017 du 30 janvier 2019, consid. 11.5 ; F-3709/2017 du 14 janvier 2019, consid. 10.4 et F-1132/2015 du 11 décembre 2017, consid. 8.4.

¹⁸⁴⁸ Arrêts du TAF F-2504/2019 du 5 mai 2021 ; F-3879/2018 du 10 septembre 2020 ; F-6775/2018 du 2 juin 2020 et F-1382/2017 du 4 septembre 2019.

¹⁸⁴⁹ ATAF 2018 VII/3 ; Arrêts du TAF F-4884/2017 du 19 novembre 2019 ; F-1412/2017 du 16 juillet 2019 et F-1132/2015 du 11 décembre 2017 et F-7344/2017 du 24 septembre 2019 pour l'art. 77 OASA.

- les cas individuels d'une extrême gravité (art. 30 al. 1 let. b LEI et 20 OLCP)¹⁸⁵⁰ ;
- la pesée des intérêts au sens de l'art. 8 CEDH¹⁸⁵¹ ;
- le renouvellement d'une autorisation de séjour UE/AELE d'une personne ayant commis des infractions¹⁸⁵² ; ou
- la proportionnalité de la révocation de l'autorisation de séjour (art. 62 al. 1 LEI)¹⁸⁵³.

Dans ces cas limites, le Tribunal administratif fédéral arrive à la conclusion que les éléments en défaveur (par exemple : dettes, dépendance à l'aide sociale, condamnations pénales, risque de récidive) sont *quasiment équivalents* à ceux en faveur de la personne étrangère (par exemple : longue durée du séjour en suisse, intégration professionnelle, liens familiaux, problèmes de santé). À cet égard, il considère que l'évolution de la situation sera déterminante pour la poursuite du séjour en Suisse et que la détérioration du cas conduirait à la non-prolongation de l'autorisation. 1256

Afin d'appuyer cet aspect, dans certains arrêts, le Tribunal administratif fédéral adresse, en outre, un *avertissement formel* à la personne concernée (art. 96 al. 2 LEI)¹⁸⁵⁴ ou procède à un examen de l'opportunité de la poursuite du séjour¹⁸⁵⁵. 1257

Tel est le cas dans l'arrêt du *TAF F-736/2017 du 18 février 2019*. En effet, après avoir conclu que le cas d'espèce était un cas limite de reconnaissance de cas individuels d'une extrême gravité au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr (le cas étant régi par l'ancien droit), le Tribunal administratif fédéral considère qu'il y a encore lieu d'examiner la décision entreprise *sous l'angle de l'opportunité*. Il rappelle que l'application du cas de rigueur confère un pouvoir 1258

¹⁸⁵⁰ Arrêts du TAF F-5290/2019 du 17 janvier 2022 (art. 30 al. 1 let. b en relation avec l'art. 84 al. 5 LEI), F-6192/2019 du 26 avril 2021 ; F-2367/2018 du 22 mai 2020 et F-736/2017 du 18 février 2019 et F-2355/2018 du 9 février 2020 pour l'art. 20 OLCP.

¹⁸⁵¹ Arrêts du TAF F-2865/2019 du 1^{er} février 2021 ; F-1377/2018 du 8 juin 2020 ; F-2782/2017 du 30 janvier 2019 et F-3709/2017 du 14 janvier 2019.

¹⁸⁵² Arrêt du TAF F-1628/2019 du 14 octobre 2019.

¹⁸⁵³ Arrêt du TAF F-7142/2018 du 20 janvier 2021.

¹⁸⁵⁴ Arrêts du TAF F-2504/2019 du 5 mai 2021, consid. 7.2 ; F-7142/2018 du 20 janvier 2021, consid. 6.8 ; F-4276/2018 du 13 novembre 2020, consid. 9.6 ; F-3879/2018 du 10 septembre 2020, consid. 11 ; F-1192/2018 du 6 janvier 2020, consid. 7 ; F-4884/2017 du 19 novembre 2019, consid. 9.1 ; F-1628/2019 du 14 octobre 2019, consid. 7.3 ; F-7344/2017 du 24 septembre 2019, consid. 6.3.3 ; F-1382/2017 du 4 septembre 2019, consid. 6.6 ; F-1412/2017 du 16 juillet 2019, consid. 8.1 ; F-2782/2017 du 30 janvier 2019, consid. 11.5 et F-3709/2017 du 14 janvier 2019, consid. 10.4.

¹⁸⁵⁵ Arrêt du TAF F-736/2017 du 18 février 2019.

d'appréciation à l'autorité. En l'espèce, il considère qu'il peut être reproché au SEM de ne pas avoir tenu compte de certains éléments au niveau de l'examen de l'opportunité tels que la durée du séjour à l'étranger par rapport à la durée du séjour en Suisse (20 ans pour un des recourants), la famille qui réside en Suisse et y a été naturalisée ou la présence d'un enfant suisse issu d'une relation antérieure. Le Tribunal administratif fédéral considère que ces éléments sont à même de laisser penser que la famille pourra entièrement et rapidement s'intégrer à la vie socio-professionnelle et culturelle suisse en cas de régularisation de son statut de séjour¹⁸⁵⁶. Dès lors, il conclut que le SEM n'a pas suffisamment pris en compte les particularités du cas d'espèce dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et que des motifs d'opportunité justifient également l'octroi d'autorisations de séjour sur la base de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr¹⁸⁵⁷.

C. La mise en perspective du contrôle de l'opportunité

1. La délimitation entre les contrôles de l'opportunité et de la proportionnalité

- 1259 Comme nous l'avons déjà exposé dans la deuxième partie de ce travail, la délimitation entre les contrôles de l'opportunité et de la proportionnalité peut s'avérer complexe. Or, l'*enjeu de cette délimitation* est important puisque le contrôle de la proportionnalité est une question de droit qui peut librement être revue par les tribunaux alors que seules certaines instances peuvent revoir l'opportunité d'une décision (N 265).
- 1260 L'examen de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral quant à l'opportunité nous a permis de mettre en lumière de nombreux cas où cette *délimitation n'est pas claire*. Il est même parfois compliqué de savoir si le recours est admis sur la base d'une violation du principe de la proportionnalité ou de l'inopportunité de la décision. Dans l'examen des interdictions d'entrée, le Tribunal administratif fédéral procède à la pesée des intérêts et conclut ensuite que la décision est inopportune quant à sa durée (N 1249). Il y a donc une certaine *confusion* entre ces deux principes, dont les limites sont à tracer en « pointillé » (N 271).
- 1261 L'absence de délimitation claire peut également entraîner un *empiètement* du contrôle de la proportionnalité sur celui de l'opportunité (N 268), voire

¹⁸⁵⁶ Arrêt du TAF F-736/2017 du 18 février 2019, consid. 7.8.2.

¹⁸⁵⁷ Arrêt du TAF F-736/2017 du 18 février 2019, consid. 7.8.3.

l'inverse¹⁸⁵⁸. Si l'on reprend le deuxième cas de figure dégagé dans le cadre de la clause de souveraineté, le Tribunal administratif fédéral a procédé à un examen de la situation dans son ensemble et a estimé que plusieurs critères faisaient apparaître le transfert comme inopportun (N 1238). Or, prendre en compte la situation dans son ensemble (N 1239), à savoir, d'une part, les intérêts privés de la personne, et les opposer, d'autre part, à l'intérêt public au transfert d'une personne dans un autre Etat revient à procéder à un examen de la proportionnalité au sens étroit¹⁸⁵⁹.

Tel est également le cas avec les cas limites dans la procédure d'approbation qui sont examinés parfois seulement sous l'angle de la légalité et parfois également sous l'angle de l'opportunité. L'inopportunité ayant même été une fois utilisée pour soutenir le constat de l'illégalité de la décision (N 1258). 1262

Dès lors, si l'on se réfère aux essais de délimitations exposés dans la deuxième partie de ce travail (N 270ss), cela ne semble pas suffisant pour pallier les difficultés mises en exergue ci-dessus. Par contre, l'approche sectorielle pourrait constituer une piste intéressante, pour autant qu'elle délimite de manière suffisamment précise l'étendue du contrôle du Tribunal administratif fédéral en lien avec l'examen de certaines questions précises (N 275)¹⁸⁶⁰. 1263

Cependant, en tout cas dans le domaine du droit des étrangers et du droit de cité, l'absence de clarté concernant la délimitation de ces deux notions n'a pas de conséquences quant à l'étendue du contrôle opéré par le Tribunal administratif fédéral, puisque son pouvoir d'examen s'étend à l'opportunité. 1264

2. La portée du contrôle de l'opportunité en droit d'asile

a. Les conséquences de la suppression du contrôle de l'opportunité

En droit d'asile, nous avons encore examiné les *conséquences de la suppression du contrôle de l'opportunité*. Nous avons identifié que le principal cas de figure dans lequel le contrôle du Tribunal administratif fédéral s'étendait à l'opportunité était celui de l'application de la clause des raisons humanitaires dans le cadre du Règlement Dublin III (N 1223). 1265

¹⁸⁵⁸ TANQUEREL (2013), p. 236 ; UHLMANN/SCHEIFELE (2019), p. 303 avec référence en note de bas de page n°45.

¹⁸⁵⁹ Cf. MONNET (2015), p. 426.

¹⁸⁶⁰ Cf. à cet égard, UHLMANN/BUKOVAC (2019), p. 47-48.

1266 Plusieurs points méritent d'être relevés par rapport à cet examen : premièrement, sur l'abondante jurisprudence relative au domaine de l'asile, très peu de recours sont (expressément) admis sur la base de l'inopportunité de la décision (N 1234). Deuxièmement, nous avons identifié deux cas de figure admis pour inopportunité de la décision : il s'agit, d'une part, des cas dans lesquels le conjoint ou le compagnon de la personne requérante se trouvait déjà en Suisse au bénéfice d'un titre de séjour (permis B ou F ; N 1236) et, d'autre part, l'addition de plusieurs éléments atteignait un seuil faisant apparaître opportun d'entrer en matière sur la demande (N 1237). Troisièmement, l'admission d'un recours pour inopportunité, a permis au Tribunal administratif de laisser certaines questions juridiques ouvertes (comme l'illégalité du transfert dans certains pays ou la violation de l'art. 8 CEDH ; N 1235). Finalement, nous pouvons constater que l'examen de l'opportunité, en ne limitant pas le Tribunal administratif fédéral aux arguments découlant de la légalité, lui octroyait une *plus grande liberté argumentative dans sa motivation*, en particulier pour trancher les cas limites.

1267 Cette *diminution* de l'étendue du pouvoir d'examen entraîné par la suppression du contrôle de l'opportunité est, selon nous, regrettable en particulier au vu des biens juridiques en jeu dans ce domaine et du fait que le Tribunal administratif fédéral est la seule instance de recours à revoir les cas d'asile (N 889).

b. Quel bilan pour le contrôle de l'opportunité en droit d'asile ?

1268 Le très petit nombre de recours admis sur la base du grief d'inopportunité de la décision attaquée rend difficile de tirer des conclusions définitives quant à ce grief, outre qu'il était très peu utilisé par le Tribunal administratif fédéral, du moins expressément, et seulement dans des *cas limites* du point de vue de la légalité de la décision attaquée (N 1234).

1269 Concernant la clause de souveraineté et comme l'avance MONNET, « [l']art. 29a al. 3 OA 1 sert souvent de *soupe de sécurité* permettant d'éviter de statuer sur la licéité du transfert Dublin au regard des obligations internationales de la Suisse »¹⁸⁶¹. En effet, comme déjà relevé, admettre l'existence de raisons humanitaires fondées sur le cas d'espèce permet d'éviter de trancher la question de la violation d'une règle de droit international en cas de transfert du requérant vers un autre Etat Dublin qui pourrait avoir de potentielles répercussions dépassant le cas d'espèce (cf. N 1235).

¹⁸⁶¹ MONNET (2015), p. 426 (italique rajouté par nous).

Au vu de la *diminution de la densité du pouvoir d'examen* que représente la suppression du contrôle de l'inopportunité dans les cas limites, il est important d'insister – comme dans l'ATAF 2015/9 – sur l'importance d'une motivation complète de la part du SEM, ainsi que d'une pratique transparente de la part de ce dernier. Or, dans ses directives, il se contente de préciser que l'art. 29a al. 3 OA 1 prévoit la possibilité de faire application de la clause de souveraineté pour des raisons humanitaires et « qu'il s'alignera à cet égard sur la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (TAF), les demandes devant par ailleurs faire l'objet d'un examen individuel »¹⁸⁶². 1270

Dès lors qu'il n'existe, notamment, pas de listes de critères objectifs permettant de reconnaître l'existence de raisons humanitaires, la pratique du SEM ne peut être qualifiée de *transparente*¹⁸⁶³. Cela pose problème tant du point de vue de l'égalité de traitement entre les personnes requérantes que de celui du principe de la proportionnalité. À cet égard, il serait donc souhaitable que les exigences de motivation de la décision du SEM soient suffisamment élevées pour que le Tribunal administratif fédéral puisse examiner si ce dernier a fait un usage correct de son pouvoir d'appréciation¹⁸⁶⁴. 1271

3. La portée du contrôle de l'opportunité en droit des étrangers et droit de cité

Comme en droit d'asile, le nombre de recours admis pour inopportunité de la décision est *quantitativement faible*. Le constat de l'inopportunité d'une décision constitue donc plutôt une exception et se retrouve seulement dans certains cas de figure particuliers (cf. N 1253). 1272

Les *cas admis pour inopportunité* de la décision que nous avons identifiés ont été rendus dans le cadre d'interdictions d'entrée, en particulier quant à la durée pour laquelle elles avaient été prononcées (N 1245ss) et les cas limites dans la procédure d'approbation. En effet, plusieurs cas ont été admis – dont certains pour inopportunité de la décision (N 1258) – mais considérés par le Tribunal administratif fédéral comme cas limites. Dès lors, celui-ci les admet tout en les maintenant sous contrôle fédéral pendant quelques années (N 1254ss). 1273

Cet aménagement met en exergue, dans les cas précités, *la marge de manœuvre* du Tribunal administratif fédéral pour déterminer si les conditions de l'autorisation en jeu sont remplies ou non et, sur cette base, admettre ou rejeter le recours. Cette marge de manœuvre apparaît en particulier lorsqu'il s'agit de 1274

¹⁸⁶² SEM, Manuel Asile et retour, Article C 3 – Procédure Dublin, état au 1^{er} mars 2019, p. 8.

¹⁸⁶³ MONNET (2015), p. 425.

¹⁸⁶⁴ MONNET (2015), p. 429.

procéder à une appréciation globale des circonstances du cas d'espèce ou à une pesée des intérêts (N 1256).

- 1275 Dans ces cas-là et comme en droit d'asile, le contrôle de l'opportunité accorde une plus grande *liberté argumentative* au Tribunal administratif fédéral (N 1266). Cela lui permet également de se laisser une certaine marge de manœuvre pour définir les limites entre le contrôle de l'opportunité et la proportionnalité (N 1264).

4. L'importance du contrôle de l'opportunité au Tribunal administratif fédéral en droit des personnes étrangères

- 1276 Comme nous avons pu le constater, l'importance pratique, du point de vue quantitatif, du grief de l'opportunité est à relativiser (N 1234 et 1272). En effet, sur les milliers de décisions rendues par le Tribunal administratif fédéral en droit des personnes étrangères (droit d'asile, droit des étrangers et droit de cité), les recours admis pour inopportunité de la décision attaquée sont peu nombreux. Dès lors, la conséquence de sa suppression en droit d'asile est à relativiser puisqu'un tel contrôle avait lieu seulement dans le cadre de l'application de la clause de souveraineté (N 1224ss).
- 1277 Nous avons ensuite identifié et qualifié de cas limites, les cas dans lesquels le recours était admis sur la base du grief de l'opportunité. Les *cas limites* sont des cas où, de manière juridiquement conforme, le recours peut être admis ou rejeté car le cadre légal n'apporte pas directement de réponse et que l'interprétation n'est pas non plus concluante (N 412). C'est, en particulier, dans ces cas, que l'examen de l'opportunité de la décision a une place. En effet, elle octroie une plus grande liberté argumentative au Tribunal administratif fédéral pour trancher le cas (N 1266 et 1275).
- 1278 Le pouvoir d'examen étendu à l'opportunité est un héritage de ce qui était prévu pour les commissions de recours de la Confédération (N 502). Or, ces dernières exerçaient déjà, parfois, le contrôle de l'opportunité avec *retenue*¹⁸⁶⁵. Si le contrôle de l'opportunité a été maintenu à l'art. 49 PA, il a, par contre, été supprimé de plusieurs lois spéciales dont la LAsi (N 500)¹⁸⁶⁶.
- 1279 Cependant, comme nous l'avons vu, les cas où le Tribunal administratif fédéral *s'impose une certaine retenue en droit des personnes étrangères sont peu nombreux*. En effet, l'autorité précédente n'est pas au bénéfice de connaissances locales ou spécialisées au sujet desquelles il devrait s'imposer une

¹⁸⁶⁵ MOOR/POLTIER (2011), p. 799 ; UHLMANN/SCHEIFELE (2019), p. 302.

¹⁸⁶⁶ MOOR/POLTIER (2011), p. 798-799.

retenue (cf. N 865 et 918). Ainsi, le contrôle des questions d'appréciation et d'opportunité n'est pas purement théorique, mais a également une *portée pratique*, même si celle-ci est limitée. En ce sens, le plein pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral garantit une protection juridique efficace aux justiciables (N 502)¹⁸⁶⁷.

Enfin, nous ne voyons pas de justifications à ce que l'étendue du contrôle *soit différente* en droit d'asile et en droit des étrangers et du droit de cité. Au contraire, cela a amené le Tribunal administratif fédéral à devoir délimiter la portée de la suppression de ce contrôle (N 869-870). 1280

D. Une synthèse intermédiaire

Le Tribunal administratif fédéral ne contrôle pas l'opportunité dans toutes les procédures. Pour que son contrôle se porte sur cet aspect, il faut que l'autorité qui a rendu la décision soit au bénéfice d'une *liberté d'appréciation* pour ce faire (N 1218). Sur l'ensemble des décisions rendues, celles qui l'ont été pour inopportunité de la décision attaquée sont plutôt rares (N 1234 et 1252). 1281

En droit d'asile, nous avons circonscrit le contrôle de l'opportunité à l'examen de la clause de souveraineté dans le cadre de la procédure Dublin. En effet, l'art. 29a al. 3 OA 1 contient une disposition potestative qui accorde une liberté d'appréciation à l'autorité d'application (N 1223). Nous avons pu identifier deux cas de figure qui ont conduit à une décision inopportune : l'une, lorsque la personne avait déjà un conjoint en Suisse et pourrait déposer une demande de regroupement familial (N 1236), l'autre lorsque plusieurs éléments de la situation personnelle font apparaître un cas humanitaire (N 1238). 1282

En droit des étrangers et droit de cité, dans les procédures examinées, les cas dans lesquels, à notre connaissance, un contrôle de l'opportunité a été exercé, sont principalement ceux qui relèvent de l'examen d'une interdiction d'entrée (N 1245ss) et de la procédure d'approbation (N 1254ss). Dans les procédures relatives aux interdictions d'entrée, si celles-ci ont été considérées comme justifiées par le Tribunal administratif fédéral, il a considéré que la durée prononcée rendait la décision inopportune (N 1245ss). Dans le cadre de la procédure d'approbation, le Tribunal administratif fédéral n'a pas toujours expressément examiné l'opportunité de la décision mais a considéré que ces affaires étaient des cas limites et a admis le recours tout en gardant les dossiers sous contrôle fédéral (N 1254). 1283

¹⁸⁶⁷ UHLMANN/SCHEIFELE (2019), p. 302.

- 1284 L'étude de ces cas a mis en exergue la difficulté de la *délimitation entre la proportionnalité et l'opportunité*. Dans plusieurs cas, celle-ci n'était pas très claire, voire relevait d'une confusion entre ces deux griefs (N 1260).
- 1285 Dans les cas susmentionnés, le Tribunal administratif fédéral a admis le grief lié à l'opportunité principalement dans ce que nous avons qualifié de *cas limites*. C'est, en particulier, dans ces cas, que l'examen de l'opportunité de la décision a une place. En effet, elle octroie une plus grande liberté argumentative au Tribunal administratif fédéral pour trancher le cas (N 1277).
- 1286 Nous avons également constaté que, de manière générale, le Tribunal administratif fédéral s'impose peu de retenue pour revoir les cas qui relève du droit des personnes étrangères. Ainsi, le contrôle de l'opportunité a, dans ce domaine, une *portée pratique*, bien que limitée (N 1279).
- 1287 Enfin, nous considérons que le pouvoir d'examen du Tribunal administratif devrait *être le même* pour l'ensemble du droit des personnes étrangères, à savoir tant pour le droit d'asile (cours IV et V) que pour le droit des étrangers et le droit de cité (cour VI) (N 1280).

V. Une conclusion intermédiaire

- 1288 Après avoir explicité les notions relatives à la marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel dans la deuxième partie de ce travail, ainsi que de les avoir approfondies de manière spécifique en droit des personnes étrangères dans les deux premiers chapitres de la troisième partie, l'analyse de ce dernier chapitre nous permet de répondre à nos questions de recherche. En particulier, nous voulions examiner comment les autorités de recours faisaient usage de leur pouvoir d'examen en pratique (N 9). La réponse à cette question ne pouvait se trouver qu'à travers une analyse attentive de la jurisprudence des différentes instances de contrôle (N 10). C'est ce que nous avons fait pour l'art. 8 CEDH et la naturalisation ordinaire. Nous avons complété cette analyse d'une thématique plus formelle, à savoir le contrôle de l'opportunité par le Tribunal administratif fédéral en droit des personnes étrangères.
- 1289 Cela nous a permis d'illustrer *trois axes* en lien avec la marge de manœuvre : premièrement, le pouvoir d'examen plutôt extensif, créateur en lien avec l'interprétation de l'art. 8 CEDH (N 1075ss) ; deuxièmement, un pouvoir d'examen avec plus de retenue dans le cadre de l'examen des conditions relatives à la naturalisation ordinaire (N 1183ss) et, troisièmement, la place du contrôle de l'opportunité dans l'examen de cas limites (N 1216ss).

- La mise en perspective de la jurisprudence relative à *l'art. 8 CEDH* avec la marge de manœuvre des autorités a fait ressortir trois aspects : la limitation du pouvoir d'appréciation en lien avec les limites quantitatives (la limite de dix ans permettant d'invoquer le droit à la vie privée ou les paliers de dangerosité pour les interdictions d'entrée) ou par le biais de principes directeurs (N 1079ss), le pouvoir d'examen extensif pour faire une interprétation évolutive des notions relatives à la vie privée et familiale (N 1083ss) et enfin l'importante marge de manœuvre lors de la pesée des intérêts (N 1089ss). 1290
- La mise en perspective de la jurisprudence relative à *la naturalisation ordinaire* a, d'une part, mis en avant l'importante évolution de l'acte relatif à la naturalisation ordinaire qui est passé d'un acte politique à une décision administrative (N 1183ss). Cette évolution a permis une intensification du contrôle de la décision de naturalisation ainsi qu'une meilleure protection des administrés (N 1185). Si cette requalification a eu pour effet de diminuer la marge de manœuvre des autorités, celles-ci conservent encore un important pouvoir d'appréciation, exercé à travers les notions juridiques indéterminées présentes dans la LN (N 1192). Cependant, cette marge de manœuvre a diminué avec la dernière révision de la LN (N 1193-1194). Par ailleurs, nous avons également constaté que le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral, bien qu'au bénéfice d'une cognition et examinant des questions différentes, s'imposaient tous les deux une certaine retenue dans plusieurs cas de figure (au vu de l'examen des circonstances locales, de la composante politique de la décision ou de leur absence de connaissances techniques ; N 1201ss). 1291
- La mise en perspective de la jurisprudence relative au *contrôle de l'opportunité* a, d'abord, permis d'illustrer les difficultés de délimitations entre le contrôle de l'opportunité et celui de la proportionnalité (N 1259ss). Ensuite, nous avons pu constater que, du point de vue quantitatif, les décisions admises sur la base du grief relatif à l'opportunité étaient peu nombreuses (N 1276). Cependant, elles permettent une plus grande liberté argumentative au Tribunal administratif fédéral, en particulier dans l'examen de cas limites (N 1277). 1292
- Bien que ces trois thématiques évoluent dans un contexte très différent, tant l'article 8 CEDH, par sa faible densité normative, que la naturalisation ordinaire, à travers le fédéralisme et les notions juridiques indéterminées contenues dans ces conditions, ou encore la portée à donner au contrôle de l'opportunité laissent une *marge de manœuvre* aux autorités d'application. Celle-ci peut entraîner une certaine imprévisibilité quant à l'issue des procédures. 1293
- Les moyens qui permettent d'encadrer, de manière spécifique, cette marge de manœuvre font l'objet de notre **thèse n° 9**. Il s'agit de poser certaines limites quantitatives ; de définir des principes directeurs ; d'augmenter la densité normative de certaines normes comme cela a été le cas avec la notion d'intégration 1294

dans les dernières révisions de la LN et de la LEI ou de reconnaître un droit ou un quasi-droit. Cependant, il faut également garder à l'esprit que la marge de manœuvre peut s'avérer nécessaire pour permettre une meilleure prise en considération des circonstances du cas d'espèce (N 1195).

- 1295 Enfin, notre **thèse n° 10** porte sur le contrôle de l'opportunité. Nous avons constaté qu'il avait une vraie portée en droit des personnes étrangères. A ce titre, nous déplorons qu'il ait été supprimé de l'art. 106 LAsi (N 886). En outre, il ne se justifie pas que le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral soit différent d'un domaine à l'autre du droit des personnes étrangères (N 1280).

Conclusion générale – les thèses

I. Les fondements

1. Nous avons d'abord examiné les *fondements historiques* de la marge de manœuvre. Dès les premières références à cette problématique, les auteurs de doctrine ont essayé de circonscrire la notion de libre appréciation et de lui poser des limites (N 110). Cette question, bien qu'ayant évolué jusqu'à nos jours, se pose toujours en des termes similaires, comme l'illustre notamment la controverse autour des différentes conceptions du pouvoir d'appréciation et en particulier quant à l'étendue du contrôle des autorités de recours (N 334ss). 1296

Thèse n° 1 : la thématique de la marge de manœuvre trouve ses racines dans l'histoire du droit. Cependant, elle continue d'évoluer et d'interpeller. En effet, lors de la dernière révision – finalement abandonnée – de l'organisation judiciaire, des débats ont porté sur l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral quant au fait qu'il puisse revoir l'opportunité (N 102ss). 1297

2. Nous avons ensuite examiné les *fondements théoriques* de la marge de manœuvre. Cette dernière est au cœur de la théorie de la séparation des pouvoirs. Son étendue est, en particulier, influencée par les différences de fonctions et responsabilités entre les autorités administratives et judiciaires (N 147). En raison de la complexité des situations à régler, la plupart des normes ont une densité normative plutôt faible (N 157) et contiennent une nécessaire part d'indétermination (N 161). 1298

Thèse n° 2 : ces fondements théoriques fournissent le cadre dans lequel s'inscrit l'exercice, par les autorités, de leur marge de manœuvre. Au vu de la multiplication et de la complexification des activités administratives, la densité normative tend à diminuer, ce qui augmente la marge de manœuvre des autorités (N 164-165) dans l'exercice de leur liberté micropolitique (N 145). Lors de la mise en œuvre du droit, la présence de cette marge de manœuvre donne un important travail d'interprétation et d'argumentation aux autorités d'application (N 185ss). 1299

II. La marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel

- 1300 **3.** Dans cette partie, nous avons examiné la marge de manœuvre à l'aune *des principes généraux du droit* et, en particulier, les principes de la légalité (N 226ss), de l'intérêt public (N 237ss), de la proportionnalité (N 249ss) et de l'interdiction de l'arbitraire (N 278ss). Cela nous a permis de mettre en exergue que le bon exercice de la marge de manœuvre s'inscrit dans le cadre posé par ceux-ci (N 222). Ce cadre constitue la base et la limite de la prise de décision (N 290).
- 1301 **Thèse n° 3 :** les principes généraux ont eux-mêmes une faible densité normative qui est nécessaire afin d'éviter de limiter leur champ d'application (N 291). En conséquence, le cadre qu'ils fixent laisse une marge de manœuvre aux autorités qui peut conduire à une certaine imprévisibilité quant à l'issue de la procédure (N 292).
- 1302 **4.** Auprès des autorités administratives de première instance, il existe *plusieurs approches du pouvoir d'appréciation* (N 335). D'abord, l'approche classique, dite dualiste, différencie la latitude de jugement de la liberté d'appréciation. Lorsque l'autorité administrative jouit d'une liberté d'appréciation, l'autorité de recours ne pourra en revoir l'exercice que si son pouvoir d'examen s'étend à l'opportunité, alors que la latitude de jugement est considérée comme relevant de la sphère de contrôle du droit (N 343). Ensuite, l'approche dite unitaire considère qu'en présence d'un pouvoir d'appréciation, quelle que soit son origine (latitude de jugement ou liberté d'appréciation), l'autorité de recours doit s'imposer une certaine retenue lorsque le législateur a voulu accorder une marge de manœuvre à l'autorité administrative (N 350). Enfin, une troisième approche classe la marge de manœuvre en fonction de son but et prévoit cinq catégories (N 358).
- 1303 **Thèse n° 4 :** l'approche dite unitaire du pouvoir d'appréciation est la plus pertinente pour les raisons suivantes (N 364) : l'absence d'ancrage légal de la distinction ; la composante micropolitique de la marge de manœuvre indépendamment de sa source ; les difficultés que pose cette distinction dans la pratique et la terminologie fluctuante qui y est rattachée.
- 1304 **5.** Le *pouvoir d'examen* varie en fonction de l'autorité de contrôle. Les tribunaux cantonaux ne revoient généralement que les faits et le droit (N 454ss) alors que le Tribunal administratif fédéral est au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen étendu à l'opportunité (N 502ss). Le Tribunal fédéral est au bénéfice d'un pouvoir d'examen plus restreint, lié à sa fonction qui consiste à garantir l'application uniforme du droit fédéral (N 538).

- L'examen de la *CourEDH* se porte sur la compatibilité des faits et du droit de la cause avec les droits garantis par la Convention et ses protocoles (N 565). Dans certains domaines, comme la garantie de la vie privée et familiale, elle reconnaît une marge d'appréciation nationale et ne va annuler la décision de l'Etat que lorsque celle-ci est incompatible avec les dispositions de la Convention (N 573). 1305
- Au niveau international, nous avons encore examiné le pouvoir d'examen des *Comités de l'ONU* (N 596ss). Les procédures devant les Comités de l'ONU – qui sont d'ailleurs composés d'experts et non de juges – sont peu formalisées, ce qui leur laisse une marge de manœuvre relativement importante pour définir si une décision viole un droit garanti par la Convention dont ils sont garants (N 612). 1306
- Thèse n° 5** : devant les autorités de contrôle, le pouvoir d'examen varie d'un échelon à l'autre et se rétrécit à chaque fois que l'on monte dans la hiérarchie des mécanismes de contrôle. Cela s'explique notamment par le fait que le Tribunal fédéral et, *a fortiori*, la CourEDH, ne sont pas des instances d'appel (N 561). 1307
- 6.** Après avoir examiné le pouvoir d'examen tel que prévu par les lois de procédure, nous avons approfondi l'*exercice effectif* de ce pouvoir d'examen (N 622ss). Deux tendances apparaissent : le pouvoir d'examen peut être exercé soit avec retenue (N 656) soit de manière créatrice (N 660). 1308
- L'autorité de recours s'impose généralement une certaine *retenue* lorsqu'elle revoit une question d'appréciation (N 670ss), en particulier lorsque l'autorité administrative est au bénéfice de connaissances locales ou techniques (N 678ss), lorsqu'il s'agit de l'examen de mesures internes à l'administration (N 693ss), en présence de motifs d'ordre politique (N 695ss) ou encore en présence de pratiques administratives (N 699ss). Cette retenue a plusieurs *justifications*. Il s'agit, d'une part, de motifs liés directement à la formulation des normes, tels leur densité normative (N 712) et, d'autre part, au contexte de la décision comme la responsabilité des autorités, leur connaissances spécialisées ou encore le fédéralisme et l'autonomie communale (N 716ss). 1309
- Cependant, si la retenue entraîne une *diminution du contrôle sur le fond*, elle doit être soigneusement encadrée (N 732). A cet égard, les garanties procédurales constituent un contrepoids procédural indispensable à la diminution de la densité du contrôle quant au fond du litige (N 739). Le droit d'être entendu, en particulier dans sa composante relative à la motivation, est particulièrement important dans ce contexte. La motivation – jusqu'à celle des arrêts du Tribunal fédéral qui vont servir de base à l'examen de la CourEDH (N 738) – doit permettre de reconstituer le cheminement argumentatif de l'autorité (N 742). 1310

- 1311 **Thèse n° 6** : le pouvoir d'examen peut être exercé soit de manière créatrice soit avec retenue. Les tribunaux s'imposent une retenue tant en présence d'une latitude de jugement que d'une liberté d'appréciation (N 706). Cela constitue un critère supplémentaire qui plaide pour l'approche unitaire du pouvoir d'appréciation (cf. thèse n° 4). En outre, lorsque la retenue exercée par l'autorité entraîne une diminution du contrôle sur le fond, il faut prévoir un contrepois procédural qui s'exprime notamment à travers le droit d'être entendu, en particulier, dans sa composante relative à la motivation de la décision (art. 29 al. 2 Cst.), et à la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.).

III. La marge de manœuvre des autorités en droit des personnes étrangères

- 1312 7. En droit des personnes étrangères, la marge de manœuvre des autorités est spécifiquement encadrée par l'art. 96 LEI (N 810ss). Nous avons vu que la *marge de manœuvre des autorités a diminué* : d'une part, à travers les interventions du législateur et, d'autre part, par l'augmentation de l'intensité du contrôle des autorités judiciaires (N 853). Cependant, la marge de manœuvre ne peut être complètement supprimée. En effet, pour pouvoir régler tous les cas pouvant se présenter et pouvoir tenir compte des circonstances particulières, il est nécessaire de conserver une certaine part d'indétermination. C'est pourquoi, la présence de latitudes de jugement et de libertés d'appréciation est indispensable. La marge de manœuvre évite une application mécanique des normes et permet de prendre en considération de manière adéquate les circonstances particulières du cas d'espèce (N 161).
- 1313 **Thèse n° 7** : en droit des personnes étrangères, à la différence d'autres domaines du droit public (cf. thèse n° 2), la marge de manœuvre des autorités administratives a, au fil du temps, diminué, à travers les interventions du législateur et l'augmentation de la densité du contrôle.
- 1314 8. Lorsqu'ils revoient des cas dans lesquels les autorités précédentes sont au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral *s'imposent rarement une retenue* en droit des personnes étrangères. Ils le font seulement dans certains cas spécifiques, tels que dans l'examen de la question du danger pour la sécurité ou l'ordre public que représente une personne étrangère (N 903). En effet, dans la majorité des cas, les autorités administratives migratoires ne sont pas au bénéfice de connaissances locales ou techniques spécifiques (N 865 et 918). À l'inverse, dans d'autres cas, les autorités de contrôle exercent leur *pouvoir d'examen de manière créatrice*. Ces deux tendances ont été mises en exergue à travers les questions choisies dans cette troisième partie : une certaine retenue dans la procédure de

naturalisation (N 1117ss) et un pouvoir d'examen étendu avec l'art. 8 CEDH (N 953ss).

Thèse n° 8 : le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral s'imposent rarement une retenue en droit des personnes étrangères. Au contraire, dans certaines procédures, ces autorités exercent leur pouvoir d'examen de manière créatrice. 1315

9. Outre le renforcement des garanties procédurales et, en particulier, de l'obligation de motiver (cf. thèse n°6), *plusieurs moyens sont spécifiquement utilisés en droit des personnes étrangères pour encadrer la marge de manœuvre* des autorités. Un premier moyen est de fixer des limites quantitatives (N 1294). Tel est le cas avec la présomption d'une bonne intégration après dix ans de séjour en Suisse (N 1080) ou avec des paliers de dangerosité permettant de fixer la durée d'une interdiction d'entrée (N 1081). Un deuxième moyen est de définir des principes directeurs comme cela a été le cas pour l'examen d'une ingérence à l'art. 8 CEDH lorsque la personne impliquée a commis une ou plusieurs infractions pénales (N 1082). Un troisième moyen consiste à augmenter la densité normative de certaines notions, comme tel a été le cas avec la notion d'intégration dans la LN (N 1193-1194). Un dernier moyen peut être de reconnaître un droit à une autorisation (par exemple, N 914) ou un quasi-droit à la personne étrangère, comme c'est le cas dans la procédure de naturalisation ordinaire (N 1198). 1316

Thèse n° 9 : en droit des personnes étrangères, plusieurs moyens sont spécifiquement utilisés pour encadrer la marge de manœuvre des autorités : la fixation de limites quantitatives, la définition de principes directeurs, l'augmentation de la densité normative ou la reconnaissance d'un droit ou d'un quasi-droit. 1317

10. Concernant le *contrôle de l'opportunité* par le Tribunal administratif fédéral, nous avons constaté que le nombre de cas admis sur la base de ce grief était plutôt faible et limité à certaines procédures où l'autorité précédente était au bénéfice d'une liberté d'appréciation (N 1218). Tel était le cas de l'application de la clause de souveraineté dans le cadre de la procédure Dublin en droit d'asile (N 1234ss) et tel est également le cas dans l'examen d'interdictions d'entrée (N 1245ss) ou de cas limites dans la procédure d'approbation (N 1254). Même s'il est rare du point de vue quantitatif, le contrôle de l'opportunité a une vraie portée en droit des personnes étrangères et n'est pas qu'une possibilité théorique (N 1279). En effet, comme nous l'avons vu, il s'agit d'un domaine où les autorités de contrôle s'imposent peu de retenue (cf. thèse n° 8). De plus, le contrôle de l'opportunité permet une plus grande liberté argumentative et accorde une meilleure protection juridictionnelle à la personne étrangère (N 1277). A cet égard, le contrôle de l'opportunité par le 1318

Tribunal administratif fédéral en droit des personnes étrangères représente une anomalie bienvenue dans le panorama du contrôle juridictionnel.

- 1319 **Thèse n° 10** : le contrôle de l'opportunité a une vraie portée en droit des personnes étrangères. A ce titre, nous déplorons qu'il ait été supprimé de l'art. 106 LAsi (N 886). En outre, il ne se justifie pas que le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral soit différent d'un domaine à l'autre du droit des personnes étrangères (N 1280).

Annexe : Table des arrêts

Arrêts publiés du Tribunal fédéral de 2007 à 2021 – Régime ordinaire et ALCP

ATF 133 II 6 (f)	ATF 133 II 1 (d)	ATF 133 II 97 (d)
ATF 133 I 185 (d)	ATF 134 II 25 (f)	ATF 134 II 10 (f)
ATF 134 I 92 (d)	ATF 134 II 1 (d)	ATF 134 II 201 (d)
ATF 135 I 143 (d)	ATF 135 I 153 (d)	ATF 135 II 377 (d)
ATF 136 II 5 (f)	ATF 136 II 1 (f)	ATF 136 II 113 (d)
ATF 136 II 65 (d)	ATF 136 II 78 (f)	ATF 136 II 120 (d)
ATF 136 II 177 (d)	ATF 136 I 285 (f)	ATF 136 II 329 (d)
ATF 136 II 497 (f)	ATF 137 II 1 (d)	ATF 137 II 10 (d)
ATF 137 II 242 (d)	ATF 137 I 284 (d)	ATF 137 II 297 (d)
ATF 137 I 247 (d)	ATF 137 II 305 (d)	ATF 137 II 345 (d)
ATF 137 II 233 (d)	ATF 137 II 393 (f)	ATF 138 I 41 (f)
ATF 138 II 229 (d)	ATF 138 II 393 (f)	ATF 139 I 16 (d)
ATF 139 I 31 (d)	ATF 139 II 65 (f)	ATF 139 I 37 (d)
ATF 139 II 121 (f)	ATF 139 I 145 (d)	ATF 139 II 393 (d)
ATF 139 I 315 (d)	ATF 139 I 206 (d)	ATF 139 I 330 (d)
ATF 140 II 74 (d)	ATF 140 II 1 (f)	ATF 140 I 145 (f)
ATF 140 II 129 (d)	ATF 140 II 112 (d)	ATF 140 II 289 (d)
ATF 140 II 447 (i)	ATF 140 II 345 (f)	ATF 140 II 460 (d)
ATF 140 II 409 (d)	ATF 141 II 1 (d)	ATF 141 I 49 (f)
ATF 141 II 57 (f)	ATF 141 II 169 (d)	ATF 141 II 401 (i)

ATF 142 II 1 (d)	ATF 142 II 35 (d)	ATF 142 I 135 (d)
ATF 142 II 265 (f)	ATF 142 I 152 (f)	ATF 143 I 21 (d)
ATF 143 II 113 (d)	ATF 143 I 437 (d)	ATF 143 II 57 (f)
ATF 143 II 361 (d)	ATF 143 II 1 (f)	ATF 144 II 16 (d)
ATF 144 II 1 (d)	ATF 144 II 113 (f)	ATF 144 I 91 (f)
ATF 144 II 121 (d)	ATF 144 I 266 (f)	ATF 145 II 105 (f)
ATF 145 I 227 (f)	ATF 145 I 308 (d)	ATF 145 II 322 (d)
ATF 145 II 313 (f)	ATF 146 II 1 (f)	ATF 146 II 49 (d)
ATF 146 II 89 (d)	ATF 146 II 145 (d)	ATF 146 I 185 (f)
ATF 146 II 201 (d)	ATF 146 IV 297 (d)	ATF 146 II 321 (f)
ATF 147 I 89 (f)	ATF 147 I 149 (d)	ATF 147 I 268 (d)
ATF 147 II 1 (f)	ATF 147 II 35 (d)	ATF 147 II 49 (d)

Arrêts publiés du Tribunal fédéral de 2007 à 2021 – Nationalité

ATF 134 I 49 (d)	ATF 134 I 56 (d)	ATF 135 II 1 (d)
ATF 135 I 49 (d)	ATF 135 I 265 (d)	ATF 135 II 161 (d)
ATF 136 I 309 (d)	ATF 137 I 235 (d)	ATF 138 I 242 (d)
ATF 138 I 305 (d)	ATF 138 II 217 (d)	ATF 139 I 169 (d)
ATF 140 I 99 (d)	ATF 140 II 65 (d)	ATF 141 I 60 (d)
ATF 144 II 401 (d)	ATF 146 I 83 (d)	ATF 146 I 49 (d)
ATF 146 I 195 (f)		

Arrêts publiés du Tribunal administratif fédéral de 2007 à 2021 – Régime ordinaire et ALCP

ATAF 2007/16 (f)	ATAF 2007/44 (f)	ATAF 2007/45 (f)
ATAF 2008/1 (d)	ATAF 2008/24 (d)	ATAF 2009/27 (d)
ATAF 2009/26 (d)	ATAF 2009/40 (d)	ATAF 2010/42 (d)

ATAF 2010/55 (f)	ATAF 2011/1 (d)	ATAF 2011/48 (d)
ATAF 2013/3 (f)	ATAF 2013/35 (f)	ATAF 2013/4 (d)
ATAF 2013/60 (d)	ATAF 2013/48 (d)	ATAF 2014/1 (d)
ATAF 2014/5 (d)	ATAF 2014/20 (d)	ATAF 2014/23 (d)
ATAF 2016/33 (f)	ATAF 2016/34 (f)	ATAF 2017 VII/1 (f)
ATAF 2017 VII/2 (f)	ATAF 2017 VII/3 (f)	ATAF 2017 VII/8 (f)
ATAF 2017 VII/4 (d)	ATAF 2017 VII/7 (f)	ATAF 2017 VII/6 (d)
ATAF 2017 VII/5 (d)	ATAF 2018 VII/1 (d)	ATAF 2018 VII/2 (d)
ATAF 2018 VII/3 (f)	ATAF 2018 VII/4 (f)	ATAF 2018 VII/5 (f)
ATAF 2019 VII/1 (i)	ATAF 2019 VII/2 (i)	ATAF 2019 VII/3 (i)
ATAF 2019 VII/4 (i)	ATAF 2019 VII/6 (f)	ATAF 2020 VII/1 (f)
ATAF 2020 VII/2 (f)	ATAF 2020 VII/3 (f)	ATAF 2020 VII/4 (f)
ATAF 2020 VII/5 (d)	ATAF 2020 VII/6 (f)	ATAF 2020 VII/7 (f)
ATAF 2021 VII/1 (f)		

Arrêts publiés du Tribunal administratif fédéral de 2007 à 2021 – Nationalité

ATAF 2007/29 (d)	ATAF 2010/16 (f)	ATAF 2008/46 (d)
ATAF 2013/34 (d)	ATAF 2013/47 (d)	ATAF 2015/1 (d)
ATAF 2016/32 (f)	ATAF 2019 VII/5 (f)	

Arrêts publiés du Tribunal administratif fédéral de 2007 à 2021 – Asile

ATAF 2007/9 (d)	ATAF 2007/10 (f)	ATAF 2007/19 (d)
ATAF 2007/7 (d)	ATAF 2007/8 (f)	ATAF 2007/11 (d)
ATAF 2007/21 (d)	ATAF 2007/32 (f)	ATAF 2007/18 (d)
ATAF 2007/31 (d)	ATAF 2007/30 (d)	ATAF 2008/4 (d)
ATAF 2008/2 (d)	ATAF 2008/3 (f)	ATAF 2008/5 (d)

ATAF 2008/12 (d)	ATAF 2009/2 (d)	ATAF 2008/34 (d)
ATAF 2008/35 (d)	ATAF 2008/47 (d)	ATAF 2008/57 (f)
ATAF 2009/3 (d)	ATAF 2009/8 (d)	ATAF 2009/28 (d)
ATAF 2009/54 (f)	ATAF 2009/56 (d)	ATAF 2009/51 (d)
ATAF 2009/29 (d)	ATAF 2009/41 (f)	ATAF 2009/53 (d)
ATAF 2009/50 (d)	ATAF 2009/55 (f)	ATAF 2009/52 (f)
ATAF 2010/1 (d)	ATAF 2010/2 (d)	ATAF 2010/3 (f)
ATAF 2010/8 (d)	ATAF 2010/17 (d)	ATAF 2010/9 (d)
ATAF 2010/28 (f)	ATAF 2010/41 (f)	ATAF 2010/43 (f)
ATAF 2010/27 (f)	ATAF 2010/44 (f)	ATAF 2010/45 (f)
ATAF 2010/57 (f)	ATAF 2010/56 (f)	ATAF 2010/54 (d)
ATAF 2011/18 (d)	ATAF 2011/8 (d)	ATAF 2011/16 (d)
ATAF 2011/50 (f)	ATAF 2011/9 (d)	ATAF 2011/10 (d)
ATAF 2011/7 (d)	ATAF 2011/25 (d)	ATAF 2011/26 (f)
ATAF 2011/35 (f)	ATAF 2011/28 (d)	ATAF 2011/37 (d)
ATAF 2011/29 (d)	ATAF 2011/23 (d)	ATAF 2011/27 (f)
ATAF 2011/36 (d)	ATAF 2011/24 (d)	ATAF 2011/38 (d)
ATAF 2011/30 (d)	ATAF 2011/39 (d)	ATAF 2011/51 (d)
ATAF 2011/49 (d)	ATAF 2012/7 (d)	ATAF 2012/2 (d)
ATAF 2012/4 (f)	ATAF 2012/3 (d)	ATAF 2012/5 (f)
ATAF 2012/31 (d)	ATAF 2012/21 (d)	ATAF 2012/32 (d)
ATAF 2012/20 (f)	ATAF 2012/27 (f)	ATAF 2012/26 (d)
ATAF 2013/1 (d)	ATAF 2013/5 (d)	ATAF 2013/2 (d)
ATAF 2013/10 (d)	ATAF 2013/23 (f)	ATAF 2013/12 (d)
ATAF 2013/6 (d)	ATAF 2013/11 (d)	ATAF 2013/24 (f)
ATAF 2013/25 (d)	ATAF 2013/20 (d)	ATAF 2013/37 (f)
ATAF 2013/21 (d)	ATAF 2013/22 (d)	ATAF 2013/29 (d)
ATAF 2013/36 (i)	ATAF 2013/27 (d)	ATAF 2013/49 (d)

ATAF 2014/13 (d)	ATAF 2014/12 (d)	ATAF 2014/21 (d)
ATAF 2014/28 (d)	ATAF 2014/22 (d)	ATAF 2014/29 (f)
ATAF 2014/30 (f)	ATAF 2014/40 (f)	ATAF 2014/27 (d)
ATAF 2014/26 (d)	ATAF 2014/31 (f)	ATAF 2014/32 (d)
ATAF 2014/41 (d)	ATAF 2014/39 (d)	ATAF 2015/2 (d)
ATAF 2015/5 (d)	ATAF 2015/3 (d)	ATAF 2015/4 (d)
ATAF 2015/9 (f)	ATAF 2015/10 (d)	ATAF 2015/11 (d)
ATAF 2015/19 (d)	ATAF 2015/20 (d)	ATAF 2015/18 (f)
ATAF 2015/29 (f)	ATAF 2015/30 (d)	ATAF 2015/28 (d)
ATAF 2015/40 (f)	ATAF 2015/41 (d)	ATAF 2015/42 (d)
ATAF 2016/1 (d)	ATAF 2016/2 (d)	ATAF 2016/27 (d)
ATAF 2016/16 (d)	ATAF 2016/17 (f)	ATAF 2017 VI/1 (d)
ATAF 2017 VI/2 (d)	ATAF 2017 VI/3 (d)	ATAF 2017 VI/4 (d)
ATAF 2017 VI/5 (f)	ATAF 2017 VI/6 (d)	ATAF 2017 VI/7 (f)
ATAF 2017 VI/8 (d)	ATAF 2017 VI/9 (d)	ATAF 2017VI/10 (d)
ATAF 2017VI/11 (d)	ATAF 2018 VI/1 (d)	ATAF 2018 VI/2 (d)
ATAF 2018 VI/3 (d)	ATAF 2018 VI/4 (d)	ATAF 2018 VI/5 (f)
ATAF 2018 VI/6 (d)	ATAF 2019 VI/1 (d)	ATAF 2019 VI/2 (i)
ATAF 2019 VI/3 (d)	ATAF 2019 VI/4 (i)	ATAF 2019 VI/5 (f)
ATAF 2019 VI/6 (d)	ATAF 2019/VI 7 (f)	ATAF 2019 VI/8 (d)
ATAF 2020 VI/1 (d)	ATAF 2020 VI/2 (d)	ATAF 2020 VI/3 (d)
ATAF 2020 VI/4 (d)	ATAF 2020 VI/5 (d)	ATAF 2020 VI/6 (f)
ATAF 2020 VI/7 (f)	ATAF 2020 VI/8 (d)	ATAF 2020 VI/9 (f)
ATAF 2020 VI/10 (f)	ATAF 2021 VI/1 (d)	

Arrêts de la CourEDH contre la Suisse de 2007 à 2021

Emre Emrah c. Suisse, requête n° 42034/04

Bostani Ali Isaq c. Suisse, requête n° 31530/07

Mengesha Kimfe Rahel c. Suisse, requête n°24404/05
Agraw Zaid c. Suisse, requête n°3295/06
Jusic Sead c. Suisse, requête n°4691/06
Gezginci Cevdet c. Suisse, requête n° 16327/05
Emre Emrah c. Suisse, requête n° 5056/10
K.A c. Suisse, requête n° 30352/09
Nada Youssef Mustapha c. Suisse, requête n° 10593/08
Kissiwa Koffi Christine c. Suisse, requête n° 38005/07
Shala Isak c. Suisse, requête n°52873/09
Sharifi Reza c. Suisse, requête n°69486/11
Udeh Kinsley Chike c. Suisse, requête n° 12020/09
Hasanbasic Nusret, Hasanbasic-Zucko, Blaszenka c. Suisse, requête n°
52166/09
Kaderi Mohamadewaz et autres c. Suisse, requête n° 29919/12
Polidario Catherine c. Suisse, requête n° 33169/10
Berisha Sait, Berisha Selvije c. Suisse, requête n 948/12
Vasquez Flores Angel Francisco c. Suisse, requête n°1785/08
A.A c. Suisse, requête n°58802/12
Palanci Erol c. Suisse, requête n° 2607/08
Fischbacher Suren c. Suisse, requête n°30614/09
Ukaj Adem c. Suisse, requête n° 32493/08
D.C et Y.D c. Suisse, requête n° 7267/13
M.P.E.V et autres c. Suisse, requête n°3910/13
Tarakhel Golajan c. Suisse, requête n°29217/12
M.A. c. Suisse, requête n° 52589/13
Tatar Mehmet Ali c. Suisse, requête n° 65692/12
K.M. c. Suisse, requête n° 6009/10
A.S c. Suisse, requête n° 39350/13
A.M. c. Suisse, requête n° 37466/13

Z.H., R.H. c. Suisse, requête n° 60119/12
Ali Jihana et autres c. Suisse, requête n° 30474/14
M.G. et E.T. c. Suisse, requête n° 26456/14
El Ghatet Saleh, El Ghatet Mohamed Saleh c. Suisse, requête n° 56971/10
Salija Bljerim c. Suisse, requête n° 55470/10
X. c. Suisse, requête n° 16744/14
A.I. c. Suisse, requête n° 23378
N.A. c. Suisse, requête n° 50364/14
E.T, N.T. c. Suisse et Italie, requête n° 79480/13
M.O. c. Suisse, requête n° 41282/16
Y.L. c. Suisse, requête n° 53110/16
H.I. c. Suisse, requête n° 69720/16
I.K. c. Suisse, requête n° 21417/17
A. c. Suisse, requête n° 60342/16
H. et autres c. Suisse, requête n° 67981/16
Danelyan Tatyana, Danelyan Genadij c. Suisse, requête n° 76424/14
H. I. et J. c. Suisse, requête n° 27478/17
I.M. c. Suisse, requête n° 23887/16
C.D. c. Suisse, requête n° 50553/17
A.A. c. Suisse, requête n° 32218/17
Diala Barthlomew Uchenna c. Suisse, requête n° 35201/18
M.R. c. Suisse, requête n° 6040/17
F.B. c. Suisse, requête n° 49322/15
K.A. c. Suisse, requête n° 62130/15
Veljkovic-Jukic c. Suisse, requête n° 59534/14
B et C c. Suisse, requête n° 889/19
M.M. c. Suisse, requête n° 59006/18
J.A. c. Suisse, requête n° 6325/15

E.V. c. Suisse

Etat au 10 février 2022